



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

### **Usage guidelines**

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

### **About Google Book Search**

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



## Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

## Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

## Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY



3 2044 056 943 541

**HD**

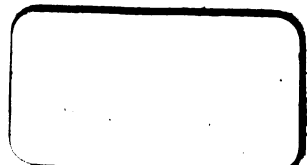
AUS  
942  
SCH

32 Feb. 1921



HARVARD LAW LIBRARY

Received Oct 6. 1920



013

40

\*

Begriff und Wesen

4

der

# Mora Creditoris

im

österreichischen und im gemeinen Rechte.

Eine civilistische Untersuchung

von

Dr. Josef [Freiherrn von] Schey

a. o. Universitäts-Professor.



AUS  
942  
S. 1

Wien 1884.

Manz'sche k. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.

I. Kohlmarkt 7.

OCT 6 1920

## Vorwort.

---

Mit dem Gedanken umgehend, die Mora nach österreichischem Rechte monographisch zu bearbeiten, musste ich mich vor allem fragen, ob der Zahlungs- und der Annahmeverzug als ein Rechtsinstitut zu behandeln seien, oder nicht. Forderte nun schon die Beantwortung dieser Präliminarfrage die klare Bestimmung des Wesens jeder dieser beiden Arten der Mora, so fand ich bald, dass die Feststellung insbesondere des Begriffes der mora creditoris nur durch eingehende Prüfung ihrer Stellung im Rechtssysteme und durch genaue Betrachtung ihres Zusammenhanges mit gewissen Problemen allgemeiner Natur zu gewinnen sei. Dies der Anlass zu der „~~juristischen~~ juristischen Untersuchung“, welche ich hiemit der geneigten Beurtheilung des rechtsgelehrten Lesers übergebe. Dieser Anlass wird es erklären, und — so hoffe ich — rechtfertigen, dass von den Einzelfragen, welche im Gebiete der mora creditoris auftauchen, manche nur gestreift, manche mehr, manche weniger ausführlich besprochen, nirgends aber in das Detail der Lehre eingegangen ist.

Wien, im Juni 1884.

**Der Verfasser.**





# Inhaltsübersicht.

Einleitung. Methode der Untersuchung . . . . .	Seite 1—5
------------------------------------------------	--------------

## I. Capitel.

### Die mora im Allgemeinen.

§ 1. I. Mora im engeren (technischen) und im weiteren (nicht-technischen) Sinne. Verschiedene Bedeutung der „mora“ in den römischen Quellen . . . . .	6—9
§ 2. Sprachgebrauch des allg. bürgl. G. B. . . . .	9—13
§ 3. II. Mora solvendi und mora accipiendi. Begriff der ersteren im gemeinen und im österreichischen Rechte . . .	14—19

## II. Capitel.

### Mora creditoris: A. Ausgangspunkte der Theorie.

§ 4. Die Darstellung Fr. Mommsen's . . . . .	20—24
§ 5. Die Ansicht Kohler's . . . . .	24—27
§ 6. Kritik derselben . . . . .	27—29
§ 7. 1. Die Preisgebung des Erfüllungsobjectes im gemeinen Rechte. Dieselbe ist kein „Erfüllungssurrogat“ . . . . .	29—35
§ 8. 2. Die Deposition des Erfüllungsobjectes. Ihre Entwicklung zu einem „Erfüllungssurrogate“ im gemeinen Rechte . . . . .	35—39
3. Die Verkaufselbsthilfe. Sie ist — mit Ausnahme des Handelsrechts — kein „Erfüllungssurrogat“ . . . . .	40—43
§ 9. Gerichtliche Hinterlegung, Preisgebung und Selbstverkauf des Erfüllungsobjectes im modernen, insbesondere im österreichischen Rechte . . . . .	43—50
§ 10. Verhältnis der genannten drei Institute zu der mora des Gläubigers. Ergebnisse für die Untersuchung der letzteren. . . . .	51—55

## III. Capitel.

### Mora creditoris: B. Grundsätze.

§ 11. Der Begriff der „Exculpation“ des Schuldners durch das Verhalten des Gläubigers im Allgemeinen . . . . .	56—66
§ 12. Nur culpose Verzögerung der Obligationserfüllung durch den Gläubiger „exculpirt“ den Schuldner. Anwendbarkeit des Principes der „Exculpation“ auch im österr. Rechte . . . . .	66—71
§ 13. Prüfung der Aussprüche der Quellen . . . . .	71—81

	Seite
§ 14. Die Normen des allg. bürgl. G. B. und der modernen Codificationen betreffs der mora creditoris . . . . .	81—90

## IV. Capitel.

**Das Verschulden als Element der mora creditoris.**

§ 15. Die angebliche begriffliche Unmöglichkeit eines Verschuldens des Gläubigers in Bezug auf die Annahme der Leistung . . . . .	91—101
§ 16. Die allgemeine Rechtspflicht, in deren Verletzung ein Verschulden des Gläubigers begründet sein kann . .	102—106

## V. Capitel.

**Uebersicht über Voraussetzungen und Wirkungen der mora creditoris.**

§ 17. I. Voraussetzungen der mora creditoris. Die sog. oblatio debiti. Einzelne Punkte: 1. Die Erfüllungsbereitschaft des Schuldners — 2. Die „justae causae“ der Annahmeverweigerung . . . . .	107—113
§ 18. 3. Die Aufforderung des Gläubigers zur Empfangnahme. — 4. Verschiedene Arten der mora creditoris	113—120
§ 19. II. Wirkungen der mora creditoris. 1. Gruppe — „Exculpierung“ des Schuldners: Reduction seiner Haftung auf dolus und culpa lata, speciell nach österreichischem Rechte; Preisgebung des Erfüllungsobjectes und Verkaufsselbsthilfe . . . . .	120—125
§ 20. 2. Gruppe — Haftung des Gläubigers für das Interesse des Schuldners: Uebergang der Gefahr; Ersatz des Aufwandes und des Schadens des Schuldners. Unzulässigkeit der Zurückführung dieses Anspruchs auf das Princip der negotiorum gestio . . . . .	125—132

Die Verfasser des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches waren sich darüber klar, dass ihr Ziel — die Vereinigung grösster Kürze und grösster Vollständigkeit der Codification — durch buchstäbliche Entscheidung möglichst zahlreicher Rechtsfälle nicht erreicht werden könne.<sup>1)</sup> Wohl aber glaubten sie, ihr Ideal werde nahezu verwirklicht, „wenn der Gesetzgeber von den allgemeinen Grundsätzen des Rechtes ausgehe, wenn er über die mannigfaltigen Arten der Rechtsgeschäfte allgemeine und deutliche Begriffe aufstelle, wenn er daraus die allgemeinen Regeln zur Beurtheilung der dabei vorkommenden Rechte und Pflichten ableite“; Sache des „zu denken fähigen“ Richters sei es dann, bei Anwendung des Gesetzes „stufenweise zur Urquelle“, von welcher der Gesetzgeber ausgegangen ist, zurückzukehren.<sup>2)</sup> Dahingestellt, ob der Vortheil oder die Gefährlichkeit dieser Gesetzgebungsmethode grösser ist<sup>3)</sup> — so viel ist gewiss, dass die Rechtsanwendung, wie sie den Codificatoren vor Augen schwebte, nur dort zu vollbefriedigenden Resultaten führen kann; wo jene obersten Principien und allgemeinen Begriffe des Gesetzes auch richtig, oder doch scharf und klar, ausgeprägt sind. Wie oft aber fehlt es dem allg. bürgerl. Gesetzbuche

---

<sup>1)</sup> Vgl. Zeiller, Vorbereitung zur neuesten Oesterr. Gesetzkunde I, S. 45 f.

<sup>2)</sup> So Zeiller in dem interessanten Vortrage v. 21. December 1801, bei Pfaff-Hofmann, Excurse I, S. 42 f.

<sup>3)</sup> Vgl. Pfaff-Hofmann, Commentar z. a. b. G. B. I, S. 53 ff. und Arndts, Civilist. Schrift. III, S. 137, 144 f.

v. Schey, Mora Creditoria.

an einem wohl durchdachten Principe, wie oft zum mindesten an dem präzisen Ausdrucke eines solchen!<sup>1)</sup> Zum Glücke pflegen die Redactoren des Gesetzbuchs sich manchmal doch weiter als bis zur Aufstellung „allgemeiner Begriffe“ vorzuwagen, und uns dann und wann auch ganz concrete Normen zu geben — Normen, welche im Sinne ihrer Schöpfer allerdings lediglich Consequenzen aus jenen Principien und Begriffen sein sollen, welche aber in Wahrheit sehr oft ihr Dasein dem richtigen, wenngleich unbewussten, Gefühle verdanken, dass der abstracte Rechtssatz, auf dem sie basiren, aus dem Gesetzbuch nicht deutlich herauszulesen ist. In gar manchen Fällen dieser Art ist uns dann die einzelne Rechtsnorm werthvoller als das angebliche Princip des Gesetzbuches; denn wir finden erst letzteres aus ersterem, nicht erstere aus letzterem. Auch in dieser Richtung bewährt es sich eben mitunter, dass „das Gesetzbuch besser, weiser ist, als die Gedanken seines Gesetzgebers, und sei er der vortrefflichste.“<sup>2)</sup>

Allerdings geht das österreichische Gesetzbuch in der Normirung von Einzelheiten bekanntlich nie sehr weit. Die Aufgabe der wissenschaftlichen, insbesondere systematischen Bearbeitung des allg. bürgerl. Gesetzbuchs — im Gegensatze zu derjenigen des preuss. Landrechts — liegt daher nicht so sehr in der Zusammenfassung der Einzelvorschriften, als vielmehr in der klaren Formulirung der Begriffe und in der allseitigen Erkenntnis des Wesens der Rechtsinstitute. Die Antwort auf die specielleren Fragen ist dann zumeist auf dem Wege der Deduction zu suchen.<sup>3)</sup> Dass man sich aber auch für ersteren Zweck nicht

---

<sup>1)</sup> Vor allem sei hier auf die von Pfaff in Grünhut's Zeitschr. II, S. 298 ff. zusammengestellten Fälle verwiesen. Dass sich das a. b. G. B. beispielsweise auch „in den zweideutigen Charakter der Schenkung auf den Todesfall ... nicht zu finden gewusst“ hat, zeigt Unger, öst. Erbr. S. 323 f. — Vgl. auch die Bemerkung Hruza's Lehre v. d. Novation nach österr. R. (1881) S. 18. — Die Beispiele liessen sich leicht häufen.

<sup>2)</sup> Sohm in Grünhut's Ztschr. I, S. 277.

<sup>3)</sup> Nicht mit Unrecht bezeichnet daher Zeiller, Vorbereitung z. Gesetz. IV, S. 74, als Aufgabe seines Commentars zum a. b. G. B. ein „speculatives Studium“, während die Commentare zu den Pandekten „ein Auszug“ aus denselben gewesen seien (ibid. S. 70).

einfach auf das Gesetzbuch verlassen kann, ist klar: „Oesterreichisches Recht“ und „allgemeines bürgerl. Gesetzbuch“ ist zweierlei, wie treffend bemerkt worden ist.<sup>1)</sup> Wo sich der Jurist vom Gesetzbuche im Stiche gelassen sieht, da muss er sich die Grundlagen selbst schaffen. Sein Leitstern dabei wird aber heute nicht mehr das „Natur- oder Vernunftrecht“ sein,<sup>2)</sup> sondern der Gedanke, dass sein Codex aus einer Jahrhunderte alten Entwicklung hervorgewachsen ist — nicht blos der Nachfolger, sondern auch der Sprössling seines Vorgängers, des gemeinen Rechts. In diesem Sinne wird er die Grundlinien der Institute seines heutigen Gesetzes in dem gemeinen Rechte suchen, und von dem letzteren seinen Ausgangspunkt nehmen, um erstere zu verstehen.<sup>3)</sup> Die spärlichen Detailbestimmungen des allg. bürgerl. Gesetzbuches werden dabei gleichwohl immer zu ihrem Rechte kommen, wenn nicht als die Grundlage der theoretischen Entwicklung, so doch zum mindesten als deren Controle. Sie bezeichnen nicht, wie etwa die Normen des preuss. Landrechts, das fortlaufende Geleise, sondern sie sind gleichsam Wegweiser, in oft nur zu grossen Zwischenräumen an der Bahn der Untersuchung ausgesteckt. Der Forscher kann nicht ununterbrochen zwischen ihnen einhergehen, allein er weiss, dass er von Zeit zu Zeit an ihnen vorüberkommen muss, wenn anders er auf dem richtigen Wege ist.

Die vorstehenden Betrachtungen drängen sich sofort auf, wenn man das Thema der vorliegenden Abhandlung überblickt: die mora creditoris im österreichischen Privatrechte. Dort, wo das allg. bürgerl. Gesetzbuch ex professo von derselben handelt, wird sie mit einem einzigen kurzen Paragraphen abgethan.<sup>4)</sup>

---

<sup>1)</sup> Pfaff-Hofmann, Comment. I, S. 171.

<sup>2)</sup> Wie Zeiller l. c. I, S. 48 will.

<sup>3)</sup> Vgl. Arndts, Civ. Schr. III, S. 152 f. Unger, System I, S. 648. Dernburg, Pandekten I, S. 3: „Das gemeine Recht . . . . hat im wissenschaftlichen Sinne Subsidiarität behalten.“

<sup>4)</sup> Gerade hier ist übrigens auch das Preussische L. R. ziemlich wortkarg. Vgl. Dernburg, Preuss. Pr. R. II, § 73. Ausführliche Normen enthält das L. R. nur in Bezug auf den Kaufvertrag (I, 11).

Ein wahres Muster „allgemeiner“ principieller Haltung, begnügt sich § 1419 a. b. B. G. mit dem Ausspruche:

„Hat der Gläubiger gezögert, die Zahlung anzunehmen; so fallen die widrigen Folgen auf ihn.“

Dass es ein Institut der *mora creditoris* im österreichischen Privatrechte giebt, steht allerdings fest.<sup>1)</sup> Ob sich aber aus jenem Principe in der That die Normen für all' die Fragen ableiten lassen, welche im Umkreise dieses Institutes liegen, mag billig bezweifelt werden. Das Verständnis der Voraussetzungen und Wirkungen, kurz der Bedeutung des Annahmeverzuges kann sich die Theorie des österreichischen Privatrechts aus diesem einen Paragraphen nicht erholen; § 1419 und einige wenige andere Gesetzesstellen<sup>2)</sup> können ihr nur Anhalts- nicht Ausgangspunkte bieten. Demgemäss kann denn auch die Erkenntnis des Begriffes und Wesens der *mora creditoris* nicht das Resultat, sondern nur die Basis der Erkenntnis ihrer einzelnen Voraussetzungen und Wirkungen bilden. Dies der Grund der nachfolgenden begrifflichen Untersuchung, welche der oben dargelegten Methode entsprechend ihren Angelpunkt naturgemäss im gemeinen Rechte suchen muss, — ohne doch das österreichische Recht als ihr Ziel aus dem Gesichte zu verlieren. Die Darstellung der Voraussetzungen und Wirkungen der *mora creditoris*, mit welcher dieselbe abschliesst<sup>3)</sup>, soll zur Illustration des gewonnenen Begriffes dienen, ohne den Gegenstand erschöpfen zu wollen.<sup>4)</sup>

---

<sup>1)</sup> Vgl. Register zum a. b. G. B. v. „Verzögerung“ und „mora“.

<sup>2)</sup> Besonders §§ 1051, 1047 a. b. G. B. Vgl. unten S. 13.

<sup>3)</sup> S. unten Cap. V.

<sup>4)</sup> Ein vollständiger Nachweis der Literatur über die *mora creditoris* liegt nicht im Zwecke dieser Arbeit begründet. Ich führe hier daher nur die wichtigsten Schriften an: Wehrn, *Doctrina juris explicatrix principiorum et causarum . . . morae* (1795), Cap. V; Ratjen, *de mora* (1824); Madai, *Die Lehre v. d. Mora* (1837); Wolff, *zur Lehre von der Mora* (1841); Fr. Mommsen, *Die Lehre v. d. Mora* (Beiträge zum Obligationenrecht, III, 1855); Kniep, *Die Mora des Schuldners* (1871); Waldberg, *Die mora debitoris* (1878); Kohler, *Annahme und Annahmeverzug* (Jahrb. f. d. Dogmat. XVII, 8).

Speciell österreichisches Recht behandeln: Unger in Haimel's Vtljhrschr. Band XIV (1864), S. 125—134; ferner Swoboda, Ger. Zeit. 1864, Nr. 77. — Alle diese Schriften werden im Folgenden nur unter Anführung des Autors citirt; desgleichen die bekanntesten Handbücher des Pandektenrechts, sowie Dernburg, Lehrbuch des preuss. Privatrechts (3. Auflage) und die Commentare zum a. b. G. B. von Zeiller, Nippel, Winiwarter (Das öst. bürgerl. Recht), Ellinger, Stubenrauch (2. Auflage), Kirchstetter und Pfaff-Hofmann. Die in der älteren Literatur viel berufene Dissertation von Teller, de mora creditoris (Lipsiae 1765) war mir leider nicht zugänglich.

---

## I. Capitel.

# Die mora im Allgemeinen.

### § 1.

Wenn im Folgenden auf die mora des römischen Rechts eingegangen wird, so hat das lediglich den Zweck, eine Grundlage zu bilden für die Betrachtung des österreichischen Rechts. Eine Verfolgung der gemeinrechtlichen Lehre in alle ihre Einzelheiten ist daher von vorneherein ausgeschlossen. Andererseits ist die romanistische Doctrin in diesem Punkte doch wohl nicht so geartet, dass ich mich für den angegebenen Zweck mit einem einfachen Referate über dieselbe begnügen könnte. Hierin liegt die Rechtfertigung und die Umgrenzung der nachfolgenden Erörterungen über den gemeinrechtlichen Begriff der mora creditoris, welchen ich noch einige Bemerkungen über mehrere einzelne Punkte vorausschicke.

#### I. Mora im engeren (technischen) und im weiteren (nicht-technischen) Sinne.

Es ist zweifellos, dass den Römern „mora“ als der Name eines ganz bestimmten Institutes des Obligationenrechtes diente.<sup>1)</sup> Es kann aber auch nicht verkannt werden, dass sie die Ausdrücke „mora“, „moram facere“, „morari“ und ähnliche nicht

---

<sup>1)</sup> Rubr. Dig. 22, 1. Für dies Institut, und nur für dieses, können beispielsweise die Regeln gemeint sein, welche L. 32 D. h. t. aufstellt. Vgl. übrigens unten S. 14 Nte. 2. S. auch Windscheid II, § 276.



selten in einer weiteren, ja in verschiedenen weiteren Bedeutungen gebrauchen. So, um schlechthin den Ablauf einer gewissen Zeit zu bezeichnen;<sup>1)</sup> — oder die Thatsache, dass eine bestimmte Person in einem bestimmten Zeitpunkte eine bestimmte Handlung nicht vorgenommen hat;<sup>2)</sup> — oder auch das in einer bestimmten Person gelegene Hindernis für den Eintritt eines bestimmten Umstandes.<sup>3)</sup> Man streitet darüber, ob alle diese weiteren Bedeutungen des Wortes „mora“ einfach dem vulgären Sprachgebrauche zuzuweisen seien, so dass nur jene erst-erwähnte als juristisch-technische übrig bleibe, oder ob nicht auch eine oder die andere der letzteren Bedeutungen als technisch gelten müsse, so dass die mora im juristischen Sinne in eine „engere“ und „weitere“ zu theilen wäre.<sup>4)</sup> Jedenfalls genügt die Beobachtung, dass alle die angeführten Bedeutungen dem Worte innewohnen können, um in jedem einzelnen Falle, in welchem die Quellen von „mora“ sprechen, zur genauen Uebersetzung zu veranlassen, ob die mora als das spezifische Institut des Obligationenrechts gemeint ist oder nicht. Für die Entscheidung dieser Frage kann es aber füglich nur einen Massstab geben. Werden an einer Stelle der „mora“ gewisse Wirkungen zugesprochen, welche wir dem als mora bezeichneten Thatbestande auch sonst beilegen müssten, kraft Rechtsnormen, die irgend einem, schon anderweitig abgegrenzten, bekannten

---

<sup>1)</sup> So z. B. „inter moras“: L. 14 D. neg. gest. 3, 5; „post moram“: L. 25 § 1 D. depos. 16, 3; Verzögerung im vulgären Sinn des Wortes: L. 5 D. de off. procons. 1, 16. Vgl. auch L. 135 § 2 D. de V. O. 45, 1; L. 1 pr. D. de succ. ed. 38, 9; L. 79 pr. D. de cond. 35, 1.

<sup>2)</sup> L. 19 D. de vi 43, 16. Besonders interessant ist die Gegenüberstellung dieser und der technischen Bedeutung von „mora“ in L. 24 pr. D. h. t.

<sup>3)</sup> So L. 7 pr. § 6 D. quando dies leg. 36, 2; aber auch „mora in re“: L. 23 § 1 D. h. t. Ueber den ähnlich wechselnden Ausdruck „per eum stare“, (s. namentlich L. 20 D. de cond. furt. 13, 1) s. Mommsen S. 5 ff. (vgl. auch unten S. 78). Eine vollständigere Zusammenstellung des die verschiedenen Bedeutungen der „mora“ betreffenden Quellenmaterials giebt Kniep I, S. 1 ff.

<sup>4)</sup> Dabei bleibt es allerdings fraglich, ob immer der technische Begriff dem nicht-technischen gegenüber der engere sein muss. (So Rümelin, Jur. Begriffsbildung S. 10 f.)

Rechtsinstitute angehören, die aber auch für diese ihre specielle Anwendung keinerlei Modification oder Erläuterung bedürfen, so kann da offenbar für die Aufstellung eines selbständigen juristischen Begriffes kein Anlass sein. Treten uns aber an einer anderen Stelle als Folge eines „morari“ Rechtserscheinungen entgegen, die bei näherer Betrachtung sich in der That als Wirkungen gerade derjenigen Momente darstellen, durch welche sich dieser Thatbestand von verwandten unterscheidet, dann sind wir berechtigt und verpflichtet, diese „mora“ als einen technisch-juristischen Begriff zu constatiren.<sup>1)</sup> Ja, wir müssen noch weiter gehen. Mag sich auch in Fällen der ersteren Art der Name mora regelmässig, vielleicht sogar abweichend von dem nicht-juristischen Sprachgebrauche, in diesem Sinne also als ein technischer, finden — dann mögen wir allenfalls von einem technischen Ausdrücke sprechen, die Zusammenfassung dieser Fälle zu einem besonderen Rechtsinstitute aber kann niemals einen systematischen Werth haben.<sup>2)</sup>

Auf der Verkenning dieser Umstände beruht die von Wolff versuchte Aufstellung eines Begriffes der „objectiven Mora“ neben der „subjectiven“. Was er unter ersterem Titel vorbringt, ist lediglich ein, an sich grösstentheils correctes, Verzeichnis verschiedener, theils gesetzlicher, theils vertragsmässiger Wirkungen des „Ausbleibens fälliger Leistungen“<sup>3)</sup>, für deren Eintritt jeder gemeinsame Grund, und für deren Zusammenfassung zu einem Rechtsbegriff daher auch jede theoretische Berechtigung fehlt.<sup>4)</sup>

<sup>1)</sup> Dieser Begriff wird sich dann in seinen „wesentlichen“ Merkmalen von anderen abheben. Vgl. Rümelin l. c. S. 19 f.

<sup>2)</sup> Es fehlt da, um mit Ihering, Geist d. röm. R. (4. Aufl.) II § 41 zu sprechen, an einem „selbständigen juristischen Körper“. Nur solche hat die „juristische Construction“ darzustellen. — Etwas anderes ist es natürlich, wenn als Einleitung zu der Abhandlung der mora im technischen Sinne des Wortes — gleichsam zu didaktischen Zwecken — auf jene anderen, mit demselben Namen belegten Rechtsverhältnisse hingewiesen wird. S. z. B. Arndts § 251; Unterholzner, Schuldverhältnisse I, §§ 53, 60, u. A.

<sup>3)</sup> So treffend Sintenis, Pract. Civilr. (3. Aufl.) II, § 93.

<sup>4)</sup> Vgl. Puchta, Vorles. II, S. 101; Unger, S. 127, Nte. 2. Dagegen haben die Eintheilung acceptirt Vangerow § 588, Anm. 1; Baron § 240; Molitor, Obligat. I, §§ 343, 344.

Was Wolff<sup>1)</sup> selbst von der „nicht-technischen“ mora sagt, gilt auch von der gesammten „objectiven mora“: sie „interessirt uns nur in negativer Weise“; denn wir würden „zu unrichtigen Interpretationen zuweilen veranlasst werden, wenn wir diejenigen Stellen, in welchen die Mora in diesem Sinne genommen ist, als von der Mora im technischen Sinne handelnd auffassen wollten“. Speciell auf Seite des Gläubigers weiss übrigens Wolff<sup>2)</sup> als Wirkung der „objectiven mora“ nichts anzuführen, als, dass mit deren Eintritt die Verjährung der Klage aus der Obligation beginnt — ein neuer Begriff also, der in allem und jedem unter die allgemeinen Normen der actio nata fallen würde!<sup>3)</sup>

Ein ähnlicher Vorwurf trifft auch Kniep's Unterscheidung einer doppelten technischen Bedeutung der mora.<sup>4)</sup> Wenn er der „Mahnung“ als „abgeleitete mora“ eine Reihe von Fällen gegenüberstellt, so finden sich unter letzteren theils solche, in welchen ein von der „Interpellationsmora“ verschiedenes Princip sich kaum wird nachweisen lassen, so die „mora des fur“ und die des „Dejicienten“ —, theils solche, für welche ein gemeinsamer Rechtsgedanke überhaupt nicht erfindlich ist. Ich kann mich näheren Eingehens auf diesen Punkt enthalten, da Kniep selbst seine Distinction zunächst nur für die mora des Schuldners aufgestellt hat.

## § 2.

Auch im Deutschen steht der Ausdruck „Verzug“, so wie die Synonyma „Zögerung“, „Verzögerung“, „Säumnis“, „Saumsal“<sup>5)</sup> u. a. bald in weitem, vulgären Sinne, bald als terminus

<sup>1)</sup> S. 3.

<sup>2)</sup> S. 213 ff.

<sup>3)</sup> Betreffs der „objectiven mora debitoris“ genügt es hier auf Mommsen S. 7 ff. zu verweisen; vgl. auch Brackenhöft, Ztschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. XV. S. 124 f.

<sup>4)</sup> Kniep I, S. 19 ff. Vgl. darüber die Bemerkung Windscheid's (5. Auflage) II, S. 82 Nte. \* und Esmarch, krit. Vierteljschr. XIV, S. 224 ff.

<sup>5)</sup> Ethymologisch bildet „säumen“ das genaue Abbild des römischen „morari“ und hat als ursprünglichsten Wortsinn wie dieses nur das farblose „verweilen“ (vgl. Sanders, Wörterb. d. deutsch. Spr.); allein alsbald nimmt

technicus für ein bestimmtes Rechtsinstitut. Das zeigt sich denn auch im Sprachgebrauche des a. b. G. B.

Nicht selten bedeutet „Verzug“ lediglich einen Zeitablauf. So, wenn von „Gefahr im Verzuge“ die Rede ist (§§ 86, 276 a. b. B. G.); so wenn die Wendung „ohne Verzug“, „ohne Zögerung“ gleichbedeutend gebraucht ist mit „unverzüglich“. Dahin gehören §§ 862, 1003, 1405, aber auch § 973 a. b. G. B. Der Satz, dass der Entlehner einer Sache verbunden ist, „mit dem Gebrauche nicht zu zögern“ hat keinen unmittelbaren Bezug auf die mora; er will nur die in dem Leihvertrage „stillschweigend bestimmte Zeitfrist“<sup>1)</sup> für die Rückgabe der geliehenen Sache näher präzisiren.<sup>2)</sup> Anderwärts ist mit jenem, oder ähnlichen Ausdrücken die einfache Thatsache gemeint, dass eine bestimmte Leistung zu einer bestimmten Zeit nicht gemacht ist.<sup>3)</sup> So in §§ 1135, 1136, 1166, 1336 a. b. G. B., auf welche sofort zurückzukommen sein wird. Wo dagegen das Gesetz mit Bezug auf eine bestimmte Handlung von „Säumnis“ oder „Saumseligkeit“ spricht, da lässt sich nicht verkennen, dass es damit dem „Säumigen“ einen Vorwurf<sup>4)</sup> machen will, ein Punkt, der gerade für unsere Fragen nicht ohne Bedeutung ist. In diesem Sinne spricht § 816 a. b. G. B. von dem „saumseligen Erben“, § 1118 a. b. G. B.<sup>5)</sup> von dem „säumigen“ Bestandnehmer, endlich § 1399 a. b. G. B. von einem „Versäumnis“ des Cessionars.<sup>6)</sup>

---

der Ausdruck den Hinweis auf das unerlaubte, unschöne des Säumens in sich auf. Damit rückt er näher an das verwandte „Zögern“ heran, welches an sich schon das Moment der Absichtlichkeit enthält (Weigand Deutsch. Wörterb. h. v.)

<sup>1)</sup> Zeiller III, S. 215.

<sup>2)</sup> Vgl. § 904 a. b. G. B.: „sogleich, nämlich ohne unnöthigen Aufschub“. S. auch Stubenrauch zu § 973 Nr. 2.

<sup>3)</sup> Unger S. 125.

<sup>4)</sup> Vgl. oben Nte. 5. — In der deutschen Rechtssprache steht öfters Versäumnis geradezu für Verschulden. So z. B. in dem Sprichwort: „Was ohne des Schiffers Versäumnis geschieht, geht über Schiff und Gut“ (Graf u. Dietherr Rechtssprichw. S. 277, Nr. 305).

<sup>5)</sup> Ueber diesen § vgl. unten S. 12 Nte. 6.

<sup>6)</sup> Dass in § 1399 cit. damit geradezu eine culpa gemeint ist — worauf unten zurückzukommen ist — s. vorläufig Stubenrauch zu diesem § Nr. 3;

Die Bemerkungen des vorigen Abschnitts gelten natürlich auch hier. Mag man immerhin das Ausbleiben einer fälligen Leistung Verzug im weiteren Sinne nennen und behufs scharfer Umgrenzung des technischen Begriffs auf die Wirkungen hinweisen, welche „vermöge besonderer Festsetzung oder gesetzlicher Bestimmung“<sup>1)</sup> an diese Thatsache geknüpft sein können, die einzelnen Fälle zu einem eigenartigen Rechtsinstitut zusammenzufassen, fördert das Verständnis der mora auch für das österreichische Recht gewiss nicht. Zeigt doch die flüchtigste Betrachtung, dass keine der in solchen Fällen eintretenden Rechtsfolgen an das Ausbleiben der Leistung „an und für sich“ sich anschliesst, sondern dass jede derselben gerade in der besonderen Natur des Falles, in welchem sie eintritt, ihren Ursprung hat. Es genügt, dies mit Beziehung auf die wichtigsten Gesetzesstellen, welche hier herangezogen werden können<sup>2)</sup>, mit wenigen Worten näher anzudeuten.

Die §§ 1135 und 1136 a. b. G. B., deren gemeinsame Marginalrubrik auf die „Verzögerung“ hinweist, enthalten Specialnormen, die sich aus dem Wesen des Erbzins- und Erbpachtverhältnisses, nicht aber aus der „verzögerten Entrichtung des Zinses“ erklären und rechtfertigen<sup>3)</sup>. Aus diesen Gesetzstellen lassen sich daher ebenso wenig Schlüsse auf das Wesen der mora ziehen, wie aus dem Privationsrechte der römischen Emphyteuse.<sup>4)</sup>

Die besondere Sanction, welche § 1166 a. b. G. B. auf die verzögerte Erfüllung des Verlagsvertrages setzt, — eine Aus-

---

ferner die oberstgerichtlichen Entscheidungen in der Sammlung von Glaser-Unger-Walther Nr. 6123, Nr. 6693 und Nr. 7151.

<sup>1)</sup> Unger S. 125; vgl. auch ebendas. S. 127, Nte 2.

<sup>2)</sup> S. Unger l. c.

<sup>3)</sup> Sie normiren Beschränkungen des Executionsrechts bei ausbleibender Zinszahlung: in Bezug auf das Object der Execution für den Erbzinsherrn (§ 1135), in Bezug auf den Zeitpunkt derselben für den Erbpachtherrn (§ 1136) — vgl. Stubenrauch zu § 1136 Nr. 2. Der Zweck dieser §§ ist die Abänderung des bei der römischen Emphyteuse geltenden Privationsrechts (L. 2 C. h. t. 4, 66; Nov. 120 c. 8), zugleich aber auch der deutschen Pfändung um Zins — vgl. Zeiller III, S. 471 und Unger, System II, S. 343 Nte. 19.

<sup>4)</sup> Vgl. die vorige Note und Mommsen S. 9, S. 96 f.

nahme von der Regel des § 919 a. b. G. B. — ist offensichtlich in dem Wesen dieses Vertrages und nur in diesem begründet, „da der Zwang in diesem Verhältnisse oft ein unsicheres oder unschickliches Mittel zum Zwecke ist.“<sup>1)</sup>

Ähnliches gilt auch von § 1335 a. b. G. B.<sup>2)</sup> Wenn derselbe seinem Wortlaute nach eine Wirkung der unterlassenen Einklagung der Forderung durch den Gläubiger statuirt, so ist das nur ein unglücklicher Ausdruck für einen aus der Zinspolitik des Gesetzgebers sich ergebenden Satz. Billige Rücksicht auf den Schuldner ist dessen Grund, die Säumnis des Gläubigers dient nur zu dessen Rechtfertigung.<sup>3)</sup> Ebenso ist in dem Falle des § 1367 a. b. G. B. die Zögerung des Gläubigers mit der Schuldentreibung nicht der Rechtsgrund der Erlöschung der Bürgschaft. Vielmehr ist die Geltendmachung der Forderung durch den Gläubiger ein Umstand, welcher die sonst der Bürgschaftsobligatio n drohende Wirkung des Zeitablaufes vereitelt.<sup>4)</sup> In beiden Fällen thut man also wohl besser, von einer mora des Gläubigers, sei es im engeren oder im weiteren Sinne, gar nicht zu sprechen.<sup>5) 6)</sup>

---

<sup>1)</sup> Zeiller III, S. 513 f. Vgl. auch Harum, österr. Pressgesetzgebung (1857) S. 153 ff.

<sup>2)</sup> „Hat der Gläubiger ohne gerichtliche Einmahnung die Zinsen bis auf den Betrag der Hauptschuld steigen lassen; so erlischt das Recht, von dem Capitale weitere Zinsen zu fordern.“

<sup>3)</sup> Zeiller III, S. 773. Vgl. auch Randa, Lehre v. d. Zinsen (1869), S. 30; Hasenöhr, Obligationenr. I, S. 281 f.

<sup>4)</sup> Vgl. Pfaff, Grünhut's Ztschr. II, S. 300 f. Unger, Syst. II, S. 278, Nte. 79. Arndts Civil, Schr. III, S. 240 ff. — Dazu neuerdings Grawein Verjähr. und Befrist. I, S. 115 ff. (Dagegen jedoch Strohal in Grünhut's Ztschr. IX, S. 73 ff.). S. auch Schiffner, Oest. Civilr. I, § 135.

<sup>5)</sup> Wie das bezüglich der im Texte erwähnten Zinsbeschränkung auch von gemeinrechtlicher Seite geschieht; so Holzschuher, Theorie und Casuistik III, § 215, Nr. 1; Seuffert, Pand. § 233, Nte. 9. Vgl. übrigens auch Unger, Haimerl's Vierteljschr. XIV, S. 124, Nte. 14.

<sup>6)</sup> Etwas anders liegt die Sache mit Bezug auf § 1118 a. b. G. B. Die hier vorgesehene Vertragsaufhebung hat zur Voraussetzung wirkliche mora („Säumnis“) des Miethers und überdies noch weitere besondere Voraussetzungen, zu welch' letzteren auch die „geschehene Einmahnung“ gehört. Vgl. Zeiller III, S. 450; Glaser-Unger-Walther Nr. 5945, s. auch die folgende Note; ferner L. 54 § 1, L. 56 D. locati 19, 2; dazu Glück XVII, S. 384 ff.

Allein, das a. b. G. B. kennt zweifellos auch eine mora im technischen Sinne, welche es regelmässig mit den Ausdrücken „Verzögerung“ oder „Zögerung“ bezeichnet.<sup>1)</sup> Dass in den §§ 1333—1335, sowie § 1419 a. b. G. B. die Zögerung des Schuldners mit der Zahlung und ihr gegenüber die Zögerung des Gläubigers mit der Annahme als selbständiges Institut *ex professo* behandelt werden will, zeigt — wenn es anders noch eines Beweises bedarf — die Marginalrubrik zu ersteren Paragraphen, insbesondere aber das officielle Register zum a. b. G. B., welches unter dem Schlagworte „Verzögerung“ auf obige Gesetzesstellen<sup>2)</sup> verweist. Und wenn dies Register auch das Wort „mora“ aufgenommen hat, jedoch nur, um bei demselben auf die „Verzögerung“ zu verweisen, so liegt darin die Bestätigung dafür, dass durch jene Normen, mögen dieselben auch im Einzelnen von den Grundsätzen des römischen Rechts abweichen, im Allgemeinen das gemeinrechtliche Institut der *mora debitoris* und *creditoris recipit* erscheint.<sup>3)</sup>

Von der mora im technischen Sinne handelt das a. b. G. B. überdies noch an anderen Stellen; so im § 912, § 965, § 1051, § 1154 und § 1409,<sup>4)</sup> wie denn auch andere Gesetze, insbesondere auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes<sup>5)</sup>, des Verzuges Erwähnung thun.

---

Ebenso preuss. L. R. I; 21 § 298; vgl. Dernburg II, S. 467, Nte. 26; Koch, R. d. Forderg. III, S. 926.

<sup>1)</sup> Ebenso Westgal. Ges. B. III, §§ 479, 484, 577, 579; Pat. v. 17. Juni 1788, J. G. S. Nr. 847; Preuss. L. R. I; 16 §§ 16 ff. §§ 64 ff. (§ 64 gebraucht so wie der oben Nte. 6 besprochene § 1118 a. b. G. B. den Ausdruck „säumig“.) Das sächsische bürgl. Ges. B. §§ 733 ff. gebraucht den Ausdruck „Verzug“; ebenso das Schweiz. Oblig. R. (1881) Artt. 106 f., und 117 ff. Der Name „Verzug“ bezw. „Verzugszinsen“ ist übrigens auch der österreichischen Gesetzgebung geläufig; vgl. Hfder. v. 1. März 1809 J. G. S. Nr. 886; § 17 Conc. Ordg., auch H. G. B. Artt. 343, 354, 355.

<sup>2)</sup> Freilich auch auf § 1425 a. b. G. B., was insoferne richtig ist, als die gerichtliche Deposition jedenfalls auch im Falle der *mora creditoris* zulässig ist. Doch darf daraus nicht gefolgert werden, dass das Gebiet der *mora accipiendi* sich mit jenem der Deposition decke. Darüber unten mehr.

<sup>3)</sup> Wie dies auch für das preussische Recht gilt; vgl. Dernburg II, § 71.

<sup>4)</sup> Ueber § 1118 s. oben Nte. 6; zu § 1051 vgl. unten S. 83 f.

<sup>5)</sup> Auf die interessante Frage, in wie weit das Institut der mora auch

§ 3.

II. Mora solvendi und mora accipiendi.

Sind das wirklich zwei Unterarten eines und desselben Institutes, oder sollte nicht vielleicht besser von zwei selbständigen Instituten gesprochen werden? — eine gerade für die Beurtheilung des Wesens der mora des Gläubigers wichtige Frage.<sup>1)</sup>

Die romanistische Theorie ist seit lange gewöhnt, im Sinne der ersten Alternative zu entscheiden. Sie kennt — von den oben ausgeschiedenen nicht-technischen Anwendungen des Wortes abgesehen — ein Institut der mora im Obligationenrecht<sup>2)</sup>, das je nach Lage der Dinge seine Wirkungen auf der Seite des Gläubigers oder des Schuldners äussert. Der eine, wie der andere kann die Obligationserfüllung verzögern, und so liegt bald mora debitoris, bald mora creditoris vor.<sup>3)</sup>

dem öffentlichen Rechte angehört, kann hier nicht eingegangen werden. Soweit z. B. die Verpflichtung zur Entrichtung von Verzugszinsen für öffentlichrechtliche Schulden nicht positiv vorgeschrieben ist (so z. B. Vdg. v. 6. April 1856 R. G. B. Nr. 50; Hfdcr. v. 27. Juni 1834 Pol. G. S. Bnd. 60, S. 186; Ges. v. 8. März 1876 R. G. B. Nr. 26 § 28; Ges. v. 18. Februar 1878 R. G. B. Nr. 30 § 33) ist sowohl die Wirkung als die Kompetenz zur Beurtheilung des Verzuges eine zweifelhafte Frage. Vgl. die Entsch. des Verw. Ger. H. v. 20. Juni 1882 in der Sammlg. v. Budwinski VI. Nr. 1450.

<sup>1)</sup> Vgl. unten S. 80.

<sup>2)</sup> Ob die mora nicht über das Gebiet des Obligationsrechtes hinausreicht, insbesondere in dasjenige der dinglichen Ansprüche, ist eine hauptsächlich für die mora solvendi bedeutsame, Frage, deren Beantwortung ich mir für einen anderen Ort vorbehalten muss. Den Römern ist der Ausdruck mit Bezug auf dingliche Ansprüche jedenfalls nicht ganz fremd — vgl. L. 15 § 3 L. 17 § 1 D. de R. V. 6, 1; L. 21 D. de R. C. 12, 1. Aus der Literatur sei hier verwiesen auf Savigny Syst. VI, S. 178 Nte. u; Windscheid, Heidelb. krit. Zeitschr. III, S. 259; Unterholzner l. c. I. S. 107; hieher gehört wohl auch eine Bemerkung von Rümelin l. c. S. 34. Dagegen vgl. Mommsen S. 78 f. und Kniep I, S. 73 ff. — Für das österr. Recht, welches dingliche und obligatorische Verpflichtungen überhaupt nicht so scharf auseinanderhält (s. §§ 1437, 952 a. b. G. B. u. a.), liegt jene Ausdehnung des Begriffs der mora besonders nahe. Vgl. die Ausdrucksweise des § 338 und § 912 a. b. G. B. gegenüber § 913 a. b. G. B. — Ich beschränke mich hier, wie bemerkt, auf das Obligationenrecht und kann daher „mora accipiendi“ gleichsetzen „mora creditoris“, und „mora solvendi“ gleichsetzen „mora debitoris“.

<sup>3)</sup> Vgl. z. B. Wehrn p. 292; Ratjen § 2, § 9; Madai § 3; Wolff S. 11;



Dass zwischen beiden zum mindesten ein äusserer Zusammenhang besteht, wird wohl niemand läugnen. Als ihr gemeinsamer Boden kann in der That die „Erfüllung“ der Obligation gelten. Von diesem Gesichtspunkte aus ist dann auch die Lehre von der „Erfüllung“ die systematisch richtige Stelle für die Behandlung der mora in ihren beiden Richtungen. Allein selbstverständlich interessiren beide Arten der mora nur wegen ihrer Rechtswirkungen. Haben daher mora creditoris und debitoris etwa nichts mit einander gemein, als jenes äusserliche Moment, und beruht jede derselben mit ihren besonderen Wirkungen auch auf ihren besonderen Voraussetzungen, ihrem specifischen Rechtsprincipe, dann rücken sie sich trotz alledem nicht nahe. Sie kämen dann beide aus Anlass der Obligationserfüllung in Betracht, und man möchte sie deshalb auch wohl aus „didaktischen“ Rücksichten übersichtlich nebeneinander stellen; allein, sie zu einem einheitlichen Institute zu verschmelzen, wäre deshalb um nichts besser, als wollte man etwa die lex commissoria, das pactum displicentiae und die in diem addictio in dieser Weise zusammenfassen, weil sie in dem Kaufvertrage ein gemeinsames Anwendungsgebiet haben.<sup>1)</sup> Ganz anders, wenn mora des Gläubigers und des Schuldners auch innerlich zusammengehören, wenn die für beide geltenden Normen Ausflüsse desselben Principis sind; dann ist der Parallelismus zwischen beiden wirklich vorhanden. Ob dem so ist — die Frage kann ihre volle Beantwortung allerdings erst finden, wenn beide Begriffe auf Grund der Quellen erkannt und verglichen sind. So weit es sich um die mora creditoris handelt, sollen die folgenden Ausführungen diese Erkenntnis zu gewinnen versuchen; in Betreff der mora debitoris sollen hier, als Grundlage für etwaige spätere Analogieschlüsse, nur wenige Bemerkungen Platz finden, mit welchen ich mich

Heimbach in Weiske's Rechtslexion, Bnd. XII, S. 840; Gesterding, Nachforschung. V, S. 51 f.; Schöman, Lehre v. Schadenersatze II, S. 56 ff.; Fritz, Erläuterungen III, S. 324 f.; Unterholzner l. c. I, § 52; Glück IV, S. 402; Puchta § 268; Arndts § 251; Sintenis l. c. S. 180 ff. Böcking II §§ 135 ff.; Brinz (2. Auflage) §§. 271 ff.; Voigt, Jus. nat. III, S. 539; vgl. auch Unger S. 125 f.; Dernburg II, § 71 f.

<sup>1)</sup> Vgl. Arndts § 249.

um so eher begnügen kann, als über deren Begriff und Wesen heute eine communis opinio in der gemeinrechtlichen Jurisprudenz besteht, gegen welche, wie mir scheint, stichhältige Gründe nicht vorgebracht sind.

Der Zahlungsverzug im technischen Sinne des Wortes wird von dieser herrschenden Lehre aufgefasst als schuld bare Verzögerung der Leistung durch den Debitor.<sup>1)</sup> Die mora solvendi ist culpose Versäumnis rechtzeitiger Obligationserfüllung — eine qualificirte culpa. Die mora folgt daher im Allgemeinen den Grundsätzen des contractlichen Verschuldens; jedoch ergeben sich gewisse Besonderheiten aus der besonderen Richtung der culpa, um welche es sich bei ihr handelt.

Dieselbe Natur hat die mora debitoris auch im österreichischen Rechte. Mit Unrecht hat sich ein grosser Theil unserer Schriftsteller durch Schöman zu der Behauptung verleiten lassen, dass der Zahlungsverzug im Sinne des a. b. G. keine culpa voraussetze.<sup>2)</sup> Das Argument, welches sie speciell aus dem

---

<sup>1)</sup> Diese auch in der älteren gemeinrechtlichen Jurisprudenz herrschende Ansicht (vgl. nur Donellus, Comm. XVI, 2 und de mora Z. 3; Cujacius, ad African. tract. 8 (ad L. 37 D. mandati); Wehrn p. 292) wurde in's Schwanken gebracht durch Schöman l. c. II, S. 10 ff., welcher das Moment der culpa in der mora läugnete; ihm folgten Glück VIII S. 425 (s. aber IV, S. 402); Gerau, in der Ztschr. f. Civ. R. u. Proc. N. F. II, S. 218 ff.; Puchta § 269; Sintenis l. c. II, S. 197 f.; endlich, mit selbständiger Begründung. Esmarch, Inter mor. solvendi et culpam quae sit differentia (1852) p. 16 sqq. Dagegen für die im Texte vertretene Ansicht s. Ratjen § 2; Madai § 2; Wolff § 20; Mommsen § 8; Heimbach l. c.; Fritz l. c. S. 347; Kohler S. 284, S. 403; Unger S. 129 Nte. 7; Wenig-Ingenheim, Schadeners., S. 198 ff.; Jordan, de morae indole (1854), Cap. 3; ferner die Lehrbücher von Mühlenbruch § 355; Keller § 252; Böcking II, § 136; Arndts § 251 Nr. 1; Vangerow § 588, Anm. 1; Windscheid § 277 Nte. 9; Brinz § 271; Baron § 240; Wächter II, S. 398; dann Holzschuher l. c. III, S. 258 f.; Dernburg II, S. 165; Koch l. c. I, S. 345 ff. — In neuerer Zeit sind als Gegner zu nennen Kuntze, Curs. d. Inst. § 617; Hartmann, die Obligation, S. 238 ff.; Kniep I, § 40; Waldberg S. 38 f.

<sup>2)</sup> So vor allen schon Zeiller (III, S. 770 f.), welcher in der Lehre vom Schadenersatze überhaupt stark unter dem „nichts weniger als vortheilhaften“ Einflusse Schöman's stand (Unger, Syst. II, S. 232, Nte. 14); ebenso Nippel, VIII; 1, S. 217; Scheidlein, Miscellen IV, S. 199; Zugschwerdt, R. d. Schadeners. S. 90 f.; Kirchstetter zu § 1334; s. aber auch Randa,

österr. a. b. G. B. holen, dass nämlich § 1333 und § 1334 des Verschuldens keine Erwähnung thun, ist wahrlich nicht sehr stark. Um von den Einzelheiten<sup>1)</sup> zu geschweigen, durch welche sich dasselbe widerlegt — ein Blick auf die Stellung, welche der Lehre von der mora debitoris im Gesetzbuche angewiesen ist, zeigt, dass dieselbe nur als specielle Art der culpa in Obligationsverhältnissen aufzufassen ist. Die massgebenden Bestimmungen (§§ 1333—1335) stehen in dem „von dem Rechte des Schadenersatzes“ handelnden 30. Hauptstück des II. Theiles des a. b. G. B. Nun kann sehr wohl zugegeben werden, dass in diesem Capitel die Fälle, in welchen eine Ersatzpflicht ohne vorausgesetztes Verschulden normirt ist (§§ 1306 ff.), nicht als Singularitäten gedacht sind gegenüber den auf Culpa basirten Ersatzansprüchen (§§ 1295—1304), dass vielmehr im Sinne der Codificatoren hier zwei coordinirte Principien nebeneinander stehen.<sup>2)</sup> De lege lata bleibt es doch immer wahr, dass die allgemein eintretende Ersatzpflicht auch nach dem a. b. G. B. (§ 1295) ein Verschulden des Beschädigers voraussetzt, während ohne ein solches eine Haftung nur in den vom Gesetze speciell angeführten Fällen

---

Gutachten über die Reform. des Schadenersatzr. (Drei Gutachten, 1880), S. 133, und Strohal, ebda. S. 167 Nte. 1. Für die hier vertretene Ansicht Unger S. 129 f., Nte. 7 und 8; Stubenrauch II, S. 463; Dworzak, Haimerl's Vierteljahrshr. II, S. 199, Nte. 1; und, wie es scheint, auch Pfaff, Grünhut's Ztschr. VIII. S. 706, Nte. 227. Deutlich ist der Zusammenhang der mora mit der culpa angegeben im Preuss. L. R. I; 16, § 26; vgl. Dernburg II, § 71, Nr. 3; Koch l. c. I, S. 348.

<sup>1)</sup> Ueber § 1118 s. oben S. 12 Nte. 6. Vgl. ferner § 1154 a. b. G. B. Der nichtrechtzeitigen Erfüllung seitens des Bestellten, u. zw. „aus seiner Schuld“, wird hier die „Zögerung“ des Bestellers mit der Zahlung entgegengesetzt. Geht schon hieraus hervor, dass die „Zögerung“ auch eine „Schuld“ involvirt, so wird das noch klarer, wenn man beachtet, dass an dieses „Zögern“ die volle Ersatzpflicht geknüpft wird — eine Erweiterung der Folgen des Verzuges über die in § 1333 a. b. G. B. normirte (vgl. über diesen Punkt Pfaff in den angef. Gutachten S. 105, Nte. 311) — s. auch Zeiller III, S. 495 f.; Winiwarter IV, S. 354. Hieher gehört auch § 1051 a. b. G. B., worüber unten S. 83 f. Wohin die Berufung der Gegner auf § 1311 a. b. G. B. führt s. vorläufig bei Unger, Syst. II, § 128, Nte. 41.

<sup>2)</sup> Wie das Pfaff l. c. S. 4 ff. (vgl. S. 54) nachweist. Dagegen s. aber Unger, Grünhut's Ztschr. VIII, S. 232 f., und wieder Pfaff ebendas. S. 701 ff.

Platz greift, dass also in diesem Sinne die durchschlagende Regel dennoch die Haftung für Verschulden ist.<sup>1)</sup> Als Grundprincip muss deshalb auch für die Folgen der mora das „Schuldmoment“ gelten; denn ein Hinweis auf eine Besonderheit ist in den §§ 1333 ff. nicht enthalten. Man wird einen solchen um so weniger in ihnen suchen, wenn man bemerkt, dass sie überhaupt nicht einen speciellen Fall der „Verbindlichkeit zum Schadenersatz“<sup>2)</sup>, sondern nur eine eigenthümliche „Art des Schadenersatzes“ im Auge haben.<sup>3)</sup> Ueber den Grund der Ersatzpflicht sagen diese Gesetzesstellen also gar nichts aus.

Auch für das österreichische Recht lässt sich daher die mora debitoris nur als eine Art des Verschuldens bezeichnen. Natürlich ist dann aber auch die mora creditoris ihre echte Schwester nur, wenn sie von demselben Gedanken beherrscht ist. Lässt sich in der That der schuldbaren Verzögerung der Obligationserfüllung durch den Verpflichteten die schuldbare Vereitlung rechtzeitiger Leistung durch den Gläubiger an die Seite stellen, dann bilden sie beide in Wahrheit ein Rechtsinstitut, welches systematisch richtig den Platz zunächst der culpa<sup>4)</sup> zu

<sup>1)</sup> So auch Krasnopolski, krit. Vierteljschr. XXII, S. 510. (De lege ferenda anders Strohal in den angef. Gutacht. S. 146 ff.) Im Grunde anerkennt dies auch Zeiller in dem bei Pfaff l. c. angeführten Vortrage (vgl. auch Commentar III, S. 704 ff.). Vgl. auch Scheidlein l. c. IV, S. 15 f.; und neuestens Pl. Meyer, Luzern. Dekret S. 26. Unrichtig ist es allerdings auch, wenn Cohnfeldt, Lehre v. Interesse, S. 269, behauptet, das a. b. G. B. mache die Leistung des Schadenersatzes „durchgehends“ von einem Verschulden abhängig. — Ueber § 1311 a. b. G. B. vgl. unten S. 86 ff.

<sup>2)</sup> Unter dieser Marginalrubrik stehen die in den §§ 1295—1322 a. b. G. B. aufgeführten 6 Fälle.

<sup>3)</sup> S. die 4 besonderen Arten, welche §§ 1325—1336 a. b. G. B. unter dieser Rubrik behandeln. §§ 1333 ff. betreffen demnach die „Art des Schadenersatzes“ „bei Verletzungen an dem Vermögen“ „insonderheit durch Verzögerung der Zahlung.“

<sup>4)</sup> Bezw. bei der „Umwandlung“ der Verbindlichkeiten; so Savigny, Obl. R. I, S. 520; vgl. die Handbücher von Puchta, Brinz, Arndts; (vgl. auch § 912 a. b. G. B.). Dagegen Windscheid II, S. 83, Nte. 3: „Der Verzug des Schuldners gehört in die Lehre vom Inhalt, der Verzug des Gläubigers in die Lehre von der Aufhebung des Forderungsrechts.“ Unsystematisch ist es jedenfalls, wenn Baron § 241 die mora creditoris als „Anhang“ der mora debitoris nachschickt. Während das Westgal. G. B. III,

behaupten hat. Alles kommt somit zunächst auf die Frage an, ob diese innere Gleichheit zwischen mora debitoris und mora creditoris besteht, d. i. ob auch die mora des Gläubigers auf Verschulden basirt ist. Die Untersuchung dieser Frage wird den wesentlichsten Punkt der folgenden Erörterungen zu bilden haben. Den Weg zu ihrer Lösung soll uns eine kritische Betrachtung der Grundauffassung der beiden Schriften bahnen, welche heute unstreitig den ersten Platz in der Literatur unserer Frage einnehmen. Die Rechtfertigung dieser Methode wird sich hoffentlich aus dem Inhalte des folgenden Capitels ergeben.

---

§§ 577—579 beide Arten des Verzugs nebeneinander gestellt hatte (ebenso z. B. das sächs. bgl. G. B. §§ 733 ff.), hat das a. b. G. B. sie getrennt. Auch das schweiz. Obl. R. stellt den Verzug des Gläubigers (Art. 106) zu der „Zahlung“, den Verzug des Schuldners (Artt. 117 ff.) zu den „Folgen der Nichterfüllung“. Dass daraus auf innere Verschiedenheit beider noch nicht geschlossen werden darf, wird sich unten ergeben.

## II. Capitel.

# Mora creditoris: A. Ausgangspunkte der Theorie.

### § 4.

Friedrich Mommsen hat<sup>1)</sup> der gemeinrechtlichen Lehre von der mora debitoris eine Darstellung gegeben, welche an Gründlichkeit der Forschung, und zumeist auch an Begründung der Resultate nichts zu wünschen übrig lässt. Insbesondere ist in aller Schärfe das Princip des Verschuldens als Grundlage des Zahlungsverzuges nachgewiesen. Minder befriedigend aber ist die Behandlung der mora des Gläubigers trotz der auch hier bewährten tief eindringenden Arbeitsmethode. Wie mich dünkt, sind es namentlich zwei Widersprüche in seiner Darstellung, mit welchen man sich nicht gut befreunden kann.

Nach M. (S. 284) lassen sich die Wirkungen der mora des Gläubigers „nicht auf Ein Princip zurückführen“. Nimmt man das als wahr hin, so erregt schon dieser Satz Bedenken gegen die Zusammenstellung mit der Mora des Schuldners, welche M. für durchaus erlaubt hält (S. 4), obgleich die mora debitoris ihr Gepräge durch den einen ganz bestimmten Gedanken erhalten soll, dass der Verpflichtete für „verschuldete Nichterfüllung in Ansehung der Zeit“ (S. 178) haften müsse. Dass aber M. hiebei nicht etwa an eine bloß äusserliche Vereinigung<sup>2)</sup> beider In-

---

<sup>1)</sup> „Beiträge zum Obligationenr.“ III. Abth. (1855). Vgl. dazu Windscheid in d. Heidelb. krit. Ztschr. III, S. 254 ff. In allem Wesentlichen schliesst sich an Mommsen an Heimbach in Weiske's R. L. XII S. 840 ff.

<sup>2)</sup> Vgl. oben S. 15.

stitute in einem Buche denkt, sondern an eine enge Verbindung der Theorie derselben, das zeigt der Gang seiner Darstellung. Vollends unberechtigt aber erscheint diese Verschlingung wenn man erfährt, dass M. irgend eine „Verschuldung“ als Voraussetzung oder Element der mora creditoris läugnet (S.3, S.134 f.). Zwischen zwei auf so weit verschiedenen Grundlagen aufgebauten Rechtsinstituten kann in der That nur ein sehr loser Zusammenhang bestehen, kaum fest genug, um die Aufstellung von Parallelen zwischen beiden oder die Anwendung von Analogieschlüssen ungefährlich erscheinen zu lassen.<sup>1)</sup>

Hiezu kommt der zweite Widerspruch, auf welchen oben hingewiesen ist. Die mora des Gläubigers hat, wie M. ausführt, nicht, gleich der mora des Schuldners, die Voraussetzung der culpa. Die Wirkungen des Annahmeverzuges treffen auch den schuldlosen Gläubiger. Gleichwohl, meint M. (S. 160 ff., S. 135) muss ein subjectives Moment auch hier hinzukommen. Die Nichtannahme der offerirten Leistung begründet eine mora des Gläubigers nur dann, „wenn sie in dem Willen desselben ihren Grund hat.“ Der Gläubiger trägt also die Consequenzen seines, wenn gleich noch so verzeihlichen, Verhaltens, er trägt aber nicht die Gefahr äusserer Zufälle. Sofort drängt sich da ein Zweifel auf. Liegt der Grund der an die mora geknüpften Folgen nicht in einem unterlaufenen Verschulden, so kann füglich ihr Zweck nur sein, den Schuldner zu schützen gegen den Nachtheil der ihm erwächst, wenn er, selbst zur Erfüllung der Obligation bereit, durch das Ausbleiben der Mitwirkung des Gläubigers an dieser Erfüllung und damit an der Lösung des Obligationsbandes verhindert wird. Stellt man sich aber einmal auf diesen Standpunkt, dann ist die einzig consequente Theorie die, welche lediglich Erfüllungsbereitschaft des Schuldners fordert und sich um die Frage, warum und wieso die Annahme der Leistung durch den Gläubiger unterblieben ist, gar nicht kümmert.

---

<sup>1)</sup> Eine vom Standpunkte Mommsen's unberechtigte ist z. B. die Parallelisirung der Oblation mit der Interpellation (S. 97 f., S. 139 f.). Vgl. auch Kniep I, S. 69. Auf diesen Punkt wird später noch einzugehen sein (unten § 18).

Man kann auch nicht einwenden, der zuletzt erwähnte Standpunkt müsse sich eben eine Einschränkung gefallen lassen. Bei den Wirkungen der *mora creditoris* handle es sich doch immer um Nachtheile, die den Gläubiger treffen. Da erfordere es denn die Billigkeit, dass er wenigstens bei äusserem Zufalle von diesen Wirkungen verschont bleibe, wenn man ihn auch sonst mit Entschuldigungen wegen dessen, was er gethan oder unterlassen hat, nicht höre. Also eine Haftung zwar nicht für äusseren casus, wohl aber für die eigene, sei es auch schuldlose, Handlung, ähnlich wie sie im österreichischen Rechte nach einer in neuerer Zeit wieder mit allem Nachdrucke vertretenen Ansicht grundsätzlich statuirt sein soll.<sup>1)</sup> Römisch ist diese Auffassung gewiss nicht. Die classische Jurisprudenz hat ein Mittel ding zwischen casus und culpa nicht gekannt,<sup>2)</sup> wie das nach

---

<sup>1)</sup> Dass auch nach österr. Rechte für den „ohne Verschulden“ verursachten Schaden „in der Regel“ kein Ersatz zu leisten ist, spricht § 1306 a. b. G. B. aus. Allein diese Regel soll ihre Grenzen finden an den §§ 1310 und 1311 a. b. G. B. welche für „unwillkürliche Handlungen“ und für „Zufall in der Person“ haftbar machen. Diese, insbesondere bezüglich § 1311 cit., unter naturrechtlichem Einflusse schon von Zeiller III, S. 736 f. und Scheidlein l. c. § 38 (s. dagegen Winiwarter IV, S. 546, Nippel VIII, 1 S. 139, Zugschwerdt l. c. S. 42 ff.) aufgestellte Ansicht hat bekanntlich jetzt Pfaff mit neuen Waffen vertheidigt (s. Gutachten S. 54 ff. und Grünhut's Ztschr. VIII, S. 708 ff. und S. 718 Nte 262). Ich kann mir nicht anmassen den über diese schwierige Frage schwebenden Streit an dieser Stelle mit wenigen Worten zu entscheiden, und so begnüge ich mich lieber mit der Bemerkung, dass ich (Unger Grünhut's Ztschr. VIII, S. 232, Nte. 6 und Krasnopolski l. c. S. 509 f. folgend) in dem Gesetzbuche, sowie es nun einmal seine Bestimmungen gefasst hat, als „Regel“ eben nur den Satz finden kann, dass für schuldlose Handlungen (§ 1306) und für Zufall (§ 1311) Niemand haftet. Vgl. auch Esmarch Ger. Zeit. 1857 Nr. 6. Allerdings, darnach besagt der erste Satz des § 1311 cit. nichts, als was in dem alten Satze steckt: casus a nullo praestantur. Allein ich möchte ihn lieber noch als Ausdruck dieser Trivialität betrachten müssen, als ihn mit Zeiller so interpretiren, dass er alle jene Widersprüche in sich begreift, welche Hepp, Zurechnung S. 188 ff. treffend nachgewiesen hat. — So viel musste ich hier sagen, um darauf hinzuweisen, dass die Mommsen'sche Theorie von der *mora creditoris* nicht etwa im österreichischen Rechte einen günstigeren Boden findet als im römischen. Vgl. aber noch unten S. 85 ff.

<sup>2)</sup> Vgl. L. 23 D. de R. J; L. 11 § 2 D. de poen. 48, 19; L. 5 § 2 D. ad



Mommsen's Ansicht die Grundlage für die Haftung des säumigen Gläubigers bilden würde. Eine so absonderliche Gestaltung eines Rechtsverhältnisses müsste uns daher direct bezeugt sein, wenn sie uns plausibel scheinen sollte. Allein M. gesteht selbst zu, eine ausdrückliche Anerkennung seiner Behauptung in den Quellen nicht finden zu können.<sup>1)</sup>

Ist dem nun so, so ist wohl die Frage erlaubt, warum M. auf diese eigenthümliche Behauptung verfällt, statt geradezu jedes subjective Erfordernis für seine *mora creditoris* fallen zu lassen? Man wird M. nicht Unrecht thun, wenn man sagt: Weil er den ersten, oben gerügten, Widerspruch fühlte, und um ihn abzuschwächen, liess er sich zu dieser These, und damit zu einem zweiten Widerspruch verleiten. Konnte er sich von der Verknüpfung der *mora* des Gläubigers mit der des Schuldners nicht losmachen, obgleich er letztere auf den Boden der *culpa* stellte, von welchem er erstere gänzlich hinweghob, so galt es den Abstand zwischen beiden doch möglichst zu verkleinern dadurch, dass die eine Verzögerung „auf den Willen des Schuldners“, die andere „auf den Willen des Gläubigers als Grund“ zurückgeführt wurde (S. 3). So entstand die unhaltbare „mittlere Meinung“<sup>2)</sup>, wie so oft eine Concession an das Rechtsgefühl, aber auch ein Bruch in die Consequenz ihres Autors.

Der tiefere Grund aber jener ersten Scheidung der *mora creditoris* von der *mora debitoris*, und damit auch der Anlass zu jenen Widersprüchen, liegt deutlich am Tage in dem von Mommsen<sup>3)</sup> oft wiederholten Satze: Ein Verschulden des Gläubigers in Bezug auf die Verzögerung der Leistung ist begrifflich ausgeschlossen, „weil dem Gläubiger eine Verpflichtung zur Annahme nicht obliegt, durch die Verweigerung der Annahme also auch kein Recht des Schuldners verletzt wird.“

---

leg. Aquil. 9, 2; L. 61 D. de administr. tut. 26, 7. Dazu s. Mommsen, Beiträge I, S. 241 ff. Unger, Syst. II, S. 243 f.

<sup>1)</sup> Auch die von Mommsen, S. 161 und S. 162 Nte. 2 u. 3 angeführten Stellen sprechen nicht für seine, L. 37 D. mand. 17, 1 sogar gegen seine Ansicht; vgl. unten S. 80; auch Kohler S. 411 f.

<sup>2)</sup> Windscheid § 345 Nte. 8; und Heidelb. krit. Ztschr. III, S. 268 f.

<sup>3)</sup> So S. 3, S. 134, S. 163.

Mommsen hat eine nähere Begründung dieses Satzes gar nicht für nöthig erachtet; er hat auch, wie gezeigt worden ist, die Consequenzen desselben nicht gezogen<sup>1)</sup>. Allein gerade der Umstand, dass ein scharfer Denker, wie Mommsen, auf Basis jenes Axioms zu solchen Widersprüchen gelangt ist, fordert zu genauer Prüfung desselben auf. Und jedenfalls ist klar, dass die Untersuchung des Wesens der *mora creditoris* die Beantwortung der Frage fordert, ob, wie von einer *culpa* des Schuldners, so auch von einer *culpa* des Gläubigers in Beziehung auf die Verzögerung der Leistung gesprochen werden darf.

### § 5.

In diesem einen wichtigen Punkte steht Kohler<sup>2)</sup> auf demselben Boden, wie Mommsen. Auch er ist überzeugt, dass der Schlüssel zur Erkenntnis unseres Rechtsinstitutes nicht auf dem Gebiete der *culpa* zu finden ist. Allein „Mittelmeinungen“, wie diejenige Mommsen's, sind seine Art nicht. Da ihn der bisher von Anderen verfolgte Weg nicht zum Ziele führt, greift er mit gewohnter Energie das Problem von einer ganz anderen Seite an. Die Ausführungen aber, die er damit bietet, sind so geartet, dass man sich ihnen entweder unterwerfen oder in umständlicher Gegenwehr sich von ihnen loskämpfen muss. Deshalb kann ich nicht umhin, zunächst eine Uebersicht über Kohler's Gedanken-gang hieherzusetzen — nicht sowohl um Kritik zu üben, als, um den Gewinn nicht zu verscherzen, welchen es unstreitig bringen muss, einmal einen neuen Angriffspunkt zu wählen, sollte selbst das Resultat sein, dass sich auch von dieser Seite kein anderes Bild des Objectes der Untersuchung bietet, als dasjenige, zu welchem die Theorie bisher auf ihrem alten Wege gelangt ist.

---

<sup>1)</sup> An einzelnen Stellen verfällt Mommsen sogar unwillkürlich wieder in die Ausdrucksweise der Culpatheorie; so S. 161: „ohne dass dem Gläubiger eine Nachlässigkeit zur Last fällt“; oder S. 169: „hier kann man nicht verlangen, dass der Gläubiger . . . . sich fortwährend am Wohnorte des Schuldners aufhalte!“

<sup>2)</sup> „Annahme und Annahmeverzug“ in den Jahrb. f. d. Dogmat. XVII, S. 261 ff.

Kohler führt im Wesentlichen folgendes aus:

Die Mitwirkung des Gläubigers ist — wenn auch nicht in allen — so doch in der grossen Mehrzahl der Fälle die nothwendige Voraussetzung der Erfüllung der Obligation (solutio), bei deren Ermanglung „die Leistung im Stadium des Versuchs stecken bleibt“ (S. 264). Diese Mitwirkung des Gläubigers ist die Ausübung seines Rechts, sein Recht also, nicht seine Pflicht; „von einer Pflicht- und Rechtsverletzung ist daher im Falle der Nichtannahme keine Rede“ (S. 268). Die solutio bedeutet aber zugleich Liberirung des Schuldners. An ihr hat Letzterer das grösste Interesse; daher muss ihm das Recht Mittel geben, um sich nöthigenfalls ohne Mitwirkung des Gläubigers von dem Obligationsnexus zu befreien: es statuirt ihm zu Liebe statt der Erfüllung „Erfüllungssurrogate“. Dabei herrscht ein einfaches Princip. „Der Schuldner thut ohne Beihilfe des Gläubigers, was er ohne diese Beihilfe thun kann, . . . und dieser Leistungsversuch wird der vollendeten Leistung gleichgestellt“ (S. 287). Solcher Erfüllungssurrogate kommen in Bezug auf Sachleistungen — auf welche ich mich der Kürze halber hier beschränke <sup>1)</sup> — folgende in Betracht: 1. Die Preisgebung der zu übergebenden Sache; der Schuldner vollzieht den Traditionsact zur Hälfte, und stellt die Sache auf die Strasse; „mag sie dort der Gläubiger holen und den Traditionsact perficiren“ (S. 287). — 2. die Deposition des Erfüllungsobjectes: bei sich selbst, bei einem Dritten, so besonders bei Gericht — endlich 3. der Verkauf der Sache für Rechnung des Gläubigers, die Verkaufselbsthilfe. Alle drei Surrogate sind dem römischen, wie dem modernen Rechte bekannt, wengleich sie alle eine, zum Theile sehr tiefgehende, historische Entwicklung durchzumachen gehabt haben.

Wendet der Schuldner eines dieser Nothmittel — rite — an, so ist er frei. Allein nicht immer ist das Erfüllungssurrogat sofort zur Hand. Die Deposition, wie der Verkauf des Erfüllungsobjectes brauchen ihre Zeit, und das schonungslose Mittel der Preisgebung der Sache zu ergreifen, wird der Schuldner aus löb-

---

<sup>1)</sup> Vgl. über die obligationes faciendi Kohler § 11.

licher Rücksicht meist länger zögern. Deshalb „muss das Recht für die Zwischenzeit . . . Fürsorge treffen, da diese Zwischenzeit sonst für den Schuldner verhängnisvoll werden könnte“ — eine doppelte Fürsorge: „wegen des dem Schuldner dadurch erwachsenden Aufwandes und . . . wegen der nachtheiligen Folgen der Nichterfüllung“, welche sonst den Schuldner treffen würden (S. 376). Dazu dient das Institut der *mora accipiendi*. Sie hat ihrem doppelten Zwecke entsprechend zweierlei Wirkungen: Verpflichtung des Gläubigers zum Ersatze jenes Aufwandes — und die Anticipation gewisser Wirkungen der Erfüllung. Der Schuldner wird nicht frei von der Leistungspflicht, wie durch die Erfüllungssurrogate, allein der Zinsenlauf hört auf, die versprochene Conventionalstrafe verfällt nicht, die *lex commissoria* wirkt nicht, die Pfanddistraktion und die *actio pecuniae constitutae* sind gehemmt, der Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung kann nicht mehr durch die *exceptio non adimpleti contractus* paralytisch werden, die Gefahr geht auf den Gläubiger über.

Die Frage, ob die *mora accipiendi* eine culpose Nichtannahme voraussetze, kann Kohler naturgemäss nur verneinen; oder vielmehr, auf der Bahn, die er einschlägt, begegnet sie ihm gar nicht. Die Erfüllungssurrogate stehen dem Schuldner überall zu Gebote, wenn er zur Erfüllung bereit ist, und es zur Erfüllung nur wegen mangelnder Beihilfe des Gläubigers nicht kommt, mag der Grund dieses Mangels welcher immer sein. Hat aber die „*mora*“ nur den Beruf, die bis zur Effectuirung des Erfüllungssurrogates sich ergebende Lücke auszufüllen, so kann sie keine anderen Voraussetzungen haben, als die Erfüllungssurrogate selbst. Lässt das Recht die volle Befreiung des Schuldners zu Lasten des schuldlosen Gläubigers zu, so muss es um so eher die blosse Erleichterung der Haftung des Schuldners, das *minus*, eintreten lassen, ohne nach dem Grunde der Nichtannahme der Leistung zu fragen (S. 416). Weder die „*Oblation*“ der Leistung im Sinne der herrschenden Lehre, noch eine culpa des Gläubigers gehören zu den Erfordernissen des Annahmeverzuges, und dessen Parallelisirung mit der *mora* des Schuldners ist daher völlig haltlos (S. 403).

Fragt man schliesslich nach dem die einzelnen Wirkungen der mora creditoris beherrschenden Principe, so lautet die Antwort: Der Gläubiger hat die Wahl sein Recht zu benützen oder nicht zu benützen, er hat daher „den Vortheil und Nachtheil der unterlassenen Benutzung“ (S. 269). Speciell der Ersatzanspruch des Schuldners wegen des gemachten Aufwands hat zum Rechtsgrunde nicht die „Verschuldung“ des Gläubigers, sondern die negotiorum gestio, welche der Schuldner für den Gläubiger unternimmt, indem er länger, als er normaler Weise müsste, leistungsbereit verbleibt (S. 377).<sup>1)</sup>

### § 6.

Gewiss hat der Schuldner auf die Annahme der Leistung, genauer gesprochen, auf die Mitwirkung des Gläubigers bei der Obligationserfüllung kein Recht, oder doch kein Recht in demselben Sinne, wie es der Gläubiger auf die Leistung hat. Der Gläubiger als solcher — ich spreche hier natürlich von der einseitigen obligatio — hat nur zu „fordern“. Der Inhalt des einfachen Obligationsverhältnisses ist erschöpft durch das, was das Recht des Gläubigers und die Pflicht des Schuldners ausmacht. Der Gläubiger, der die Leistung nicht entgegennimmt, lässt sein Recht aus der Obligation unbenützt, aber er verletzt keine Pflicht aus der Obligation. Ohne Bedenken folge ich Kohler so weit.<sup>2)</sup> Allein daraus ergibt sich füglich nur so viel, dass eine culpa des Gläubigers in der Verletzung einer aus seiner Forderung als solcher entspringenden Verpflichtung nicht begründet sein kann. Ist damit aber schon entschieden, dass er durch die Nichtannahme überhaupt nicht in Verschulden gerathen kann? Die Frage bleibt trotz Kohler's Ausführungen noch offen.

Doch ich gehe vorläufig mit Kohler einen Schritt weiter. Dass der Schuldner an der Erfüllung seiner Verpflichtung, welche zugleich deren Ende bedeutet, das ernsteste Interesse hat, wird Niemand bestreiten. Wenn aber zumeist<sup>3)</sup> eine Beihilfe des

---

<sup>1)</sup> Aehnlich auch Mommsen S. 297 f.

<sup>2)</sup> Näheres darüber unten § 15.

<sup>3)</sup> Ueber das Erfordernis dieser Mitwirkung des Gläubigers und ihre

Gläubigers, sei es factischer oder rechtlicher Natur, die unerlässliche Vorbedingung der Leistung ist, und wenn der Schuldner einen Anspruch auf diese Beihilfe nicht hat, dann muss ihm das Recht in der That die Möglichkeit gewähren, sich bei Ausbleiben der Mitwirkung des Gläubigers durch irgend welche Acte frei zu machen, welche er allein vollziehen kann, d. i. durch Erfüllungssurrogate. Als solche erscheinen auf den ersten Blick die „Preisgebung“, die „Deponirung“ und der „Selbstverkauf“ des Schuldgegenstands. Und weiter, da jenes Interesse des Schuldners in allen Fällen dasselbe ist, mag der Gläubiger nicht annehmen können oder nicht annehmen wollen, so müssen in all' diesen Fällen die genannten Erfüllungssurrogate anwendbar sein.<sup>1)</sup> Dies die bestechende Argumentation Kohler's. Wer derselben zustimmt, kann sich auch seinen weiteren Folgerungen nicht entziehen. Allein, an eben diesem Punkte scheinen sich mir auch die Bedenken einzustellen.

Vorerst eine Erwägung allgemeiner Natur. Die Erfüllungssurrogate — das verhehlt sich auch Kohler nicht — treffen den Gläubiger als eine Last. Dem Interesse des Schuldners wird zum Nachtheile des Gläubigers geholfen. Verlangt nun auch das Interesse des Schuldners nach dem „Erfüllungssurrogate“ überall, wo die Mithilfe des Gläubigers zur Erfüllung ausbleibt, so steht dem gegenüber das Interesse des Gläubigers, das überdies sogar als Forderungsrecht geschützt ist und bleiben will. Ist es nun wirklich ausgemachte Sache, dass das Recht sich ohne weiteres und vorbehaltlos auf die Seite des Schuldners schlagen muss? Mit anderen Worten: Handelt es sich hier auch nicht um eine Ersatzpflicht des Gläubigers, ein im Interesse des Schuldners dem Gläubiger aufzubürenden Nachtheil steht doch auch bei Zulassung des Erfüllungssurrogates in Frage. Wie es die Theorie bislang bezüglich der mora creditoris gethan, so kann und muss sie sich daher auch im Hinblick auf Kohler's „Erfüllungs-

---

rechtliche Bedeutung brauche ich hier nur auf die treffenden Ausführungen von Kohler S. 261 ff. zu verweisen. Vgl. auch Lenel, Jahrb. f. d. Dogmat. XIX, S. 229 ff.

<sup>1)</sup> Vgl. Ulrich, Deposition u. Derelict. S. 4 f.

surrogat“ fragen, ob und warum hier von dem allgemeinen Grundsatz abgegangen sei, dass „Nachtheile . . . nicht einem Unschuldigen zur Last gelegt werden dürfen.“<sup>1)</sup> Schon daraus erhellt, dass auch demjenigen, welcher von den Erfüllungssurrogaten aus den Weg zur mora creditoris sucht, jene Grundfrage nicht erspart bleibt.

Zur Sache selbst kann aber eines schon hier behauptet werden. Hat das Recht, wie oben bemerkt, bei der Gewährung von Erfüllungssurrogaten zwischen widerstreitenden Interessen des Berechtigten und des Verpflichteten zu vermitteln, so wird die Natur des „Surrogates“ von entscheidender Bedeutung sein. Je grösser die Last und die Gefahr, welche mit demselben dem Gläubiger zugeschoben wird, desto mehr Rücksicht wird Letzterer verdienen. Lässt sich aber ein Surrogat finden, welches dem Schuldner dient, und doch dem Gläubiger keinen, oder nahezu keinen Nachtheil bringt, dann mag es Ersterem ohne Einschränkung zugestanden sein. Dies führt auf eine genauere Prüfung des Wesens jener drei „Erfüllungssurrogate“; es wird sich damit zeigen, in welchem Zusammenhange dieselben mit dem „Annahmeverzug“ stehen.

## §. 7.

### 1. Die Preisgebung des Erfüllungsobjectes.

Ist sie wirklich ein „Erfüllungssurrogat“<sup>2)</sup> in dem angedeuteten Sinne, auf den von Kohler vertretenen Grundsätzen fussend? Dass der Schuldner, welchem der Gläubiger die zu tradirende Sache nicht abnimmt, sie äussersten Falles auf die Strasse setzen, wegwerfen, kurz — um dieses Wort als technische Bezeichnung zu wählen — „preisgeben“ kann, ohne dafür

---

<sup>1)</sup> Worte Windscheid's II, S. 313 Nte. 8. Auf die Argumente, welche Kohler S. 409 f. (vgl. S. 269) diesem Satze entgegenhält, ist unten S. 91 ff. zurückzukommen.

<sup>2)</sup> So fasst sie auch Ulrich l. c. S. 77 ff. auf; ferner Madai S. 470. Unpassend ist der von ihm und anderen gebrauchte Ausdruck „Dereliction“. S. darüber Kohler S. 311 ff. K. selbst gebraucht gerne die Bezeichnung „Aussetzung“.

büssen zu müssen, ist in den Pandecten deutlich gesagt.<sup>1)</sup> Und auf der bunten Folie deutscher Rechtssatzungen gewinnt diese „Preisgebung“ in der That ausserordentlich an Leben und Bedeutung.<sup>2)</sup> Allein, ist sie im wahren Sinne des Wortes ein Act, durch welchen sich der Schuldner liberirt — solutionis instar? Dafür lassen sich die Quellen nicht berufen.

Die entscheidenden Fragmente<sup>3)</sup> aus Paulus lib. III. Alfeni epitomarum lauten wie folgt:

L. 13 D. de per. et comm.: „Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori aut per eum stetisset quominus traderentur, emptoris periculum esse placet“...

L. 15 pr. eod.: „Quod si neque traditi essent neque emptor in mora fuisset quominus traderentur, venditoris periculum erit“<sup>4)</sup>

Mit keinem Worte deutet hier Paulus darauf hin, dass der Verkäufer durch die Preisgebung der verkauften Sachen liberirt, seine obligatio ex vendito dadurch getilgt werde, gleichwie durch die Tradition. Die Frage, die allein aufgeworfen und beantwortet wird, ist, wen die Gefahr angehe, welche die Sachen bei dieser Procedur laufen,<sup>5)</sup> das „periculum rei venditae“. Dabei ist denn so viel von vornherein gewiss: Trägt der Verkäufer

---

<sup>1)</sup> L. 1 § 3 § 4; L. 15 pr. D. de per. et. commod. 18, 6; cf. L. 8 D. de trit. leg. 33, 6. Dass diese Stellen den Ausdruck eines allgemeinen Rechtsatzes enthalten — nicht eine specielle Norm für den Kauf oder für besondere Fälle dieses oder eines anderen Obligationsverhältnisses — nehmen heute mit Recht die meisten an. S. z. B. Ulrich l. c. S. 80; Mommsen S. 312, Nte. 10; Windscheid II, S. 315; Thöl H. R. I, § 268; Dernburg II, § 73 Nte. 15.

<sup>2)</sup> Vgl. die interessanten rechtsvergleichenden Nachweisungen bei Kohler S. 290 ff.

<sup>3)</sup> Warum ich nicht von L. 1 § 3 cit. ausgehe, wird sich unten zeigen. S. 33 Nte. 1.

<sup>4)</sup> Die zwischen beide eingeschobene Stelle aus Julianus lautet: „eumque cum aedili, si id non jure fecisset, habiturum actionem legis Aquiliae: aut certe cum venditore ex empto agendum esse, ut is actiones suas, quas cum aedile habuisset, ei praestaret“ (L. 14 D. l. c.).

<sup>5)</sup> Vgl. auch Ulrich l. c. S. 81, welcher mit Recht bemerkt, die L. 14 cit., welche noch dem Verkäufer die actio legis Aquiliae zuspreche, bezeuge, dass hier von einer „Dereliction“, d. i. dem Aufgeben des Eigenthums, keine Rede sei.



dies periculum, dann haftet er eben für die Preisgebung, ist also nicht befreit von seiner Obligation; trägt aber die Gefahr der Käufer, dann bedeutet das, wie überall in der Lehre vom Kaufe, nicht etwa, dass der Verkäufer jetzt schon nicht mehr obligirt ist, sondern dass er bei zufälligem Untergang der Waare gleichwohl den Kaufpreis zu fordern befugt ist, da dieser Untergang ihm nicht zugerechnet wird, ihn somit von seiner Verpflichtung befreit.<sup>1)</sup> Wiederum also ist es nicht die „Aussetzung“, welche den Schuldner liberirt, sondern der auf dieselbe folgende Untergang der Sache.

Die Schwierigkeiten der eingehenden Interpretation unserer Fragmente kommen für dieses Resultat gar nicht in Betracht. Nur in so weit muss ich auf dieselbe Gewicht legen, als dadurch schon hier ein Einblick in die Bedeutung der mora creditoris gewonnen werden kann. Die Stellen mit Ihering<sup>2)</sup> von einem Genuskaufe zu verstehen, dazu scheint in der That keinerlei Anhaltspunkt gegeben. Setzt man aber einen Specieskauf, und zwar — da die Stellen auf das Gegentheil gleichfalls mit keiner Silbe hinweisen — einen perfecten Kauf im Sinne der L. 8 pr. D. de periculo 18, 6 voraus, so liegt die Sache so. Nach der allgemeinen Regel trägt in dem Augenblicke, da der Verkäufer die Möbel auf die Strasse setzt, Käufer das periculum. Wenn gleichwohl noch eine Frage zu erledigen bleibt, so hat das seinen Grund darin, dass auf der anderen Seite — und, wie man doch wohl mit Recht gemeint hat, als Gegenstück zu dem Satze vom periculum<sup>3)</sup> — der Verkäufer die Pflicht hat, die Waare bis zu deren Uebergabe<sup>4)</sup> an den Käufer mit aller Sorg-

<sup>1)</sup> § 3 I. de emt. et vend. 3, 23.

<sup>2)</sup> Jahrb. f. d. Dogm IV, S. 415 ff.; s. auch Vangerow III, S. 208. Dagegen Pernice Labeo I S. 463.

<sup>3)</sup> Vgl. namentlich L. 14 pr. D. de furt. 47, 2: „periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet“. Damit ist natürlich nicht gesagt, dass der Satz vom periculum in diesem Verhältnisse seinen Grund habe; nur hiegegen wendet sich Fr. Hofmann, Peric. b. Kaufe S. 33.

<sup>4)</sup> Mit der vollzogenen Tradition ist daher die Verbindlichkeit des Verkäufers (von den Garantiepfllichten abgesehen) jedenfalls erfüllt, und kann deshalb die Frage nach seiner Haftung auf Grund der custodia, in diesem

falt zu bewahren. Die Waare auf die Strasse werfen, heisst nun gewiss der Pflicht zur *custodia* schnurstracks entgegenhandeln. Ein Unglück, welches die „ausgesetzten“ Sachen trifft, fällt daher in den Kreis der Zufälle, welche der Verkäufer zu tragen hat; und der Jurist sagt dann: „*venditoris periculum erit.*“<sup>1)</sup>

Anders, wenn der Käufer in *mora accipiendi* ist.<sup>2)</sup> Soll der Verkäufer dann immer noch mit gespannter Aufmerksamkeit, mit grösserer Sorgfalt, als er sie auf die eigenen Sachen verwendet<sup>3)</sup>, über die verkaufte Sache wachen? Das hat ihm die römische Jurisprudenz nicht zugemuthet. Er darf in seiner Aufmerksamkeit nachlassen; ja er darf äussersten Falles<sup>4)</sup> die Sache gänzlich preisgeben, um der Sorge ledig zu sein, „*ne infinitam custodiam debeat venditor*“, wie L. 4 § 2 D. de per. et comm. 18, 6 treffend sagt.<sup>5)</sup> Geht dieselbe nun zu Grunde, so kann der Käufer aus der Pflicht des Verkäufers zur *custodia* keinen Anspruch mehr ableiten: „*emptoris periculum est.*“

Also nicht um die Liberirung des Schuldners von der Leistungspflicht handelt es sich bei der „Preisgebung“, sondern darum, ob und wann ihm dieselbe als Verletzung seiner obligationgemässen Sorgfalt anzurechnen ist<sup>6)</sup> oder nicht. Wird sie

---

Sinne also dem *periculum rei*, nicht mehr aufgeworfen werden. Damit erklärt sich die Hervorhebung der Tradition in L. 13 und L. 15 *citt.* Vgl. Hofmann l. c. S. 161 ff.

<sup>1)</sup> Ueber diesen Sprachgebrauch vgl. Hofmann l. c. S. 2 f. und Mommsen, Beiträge I, S. 237 ff.

<sup>2)</sup> L. 15 *citt.* spricht wörtlich von *mora* des Käufers und bei dem Zusammenhange zwischen ihr und L. 13 *citt.* lässt sich nicht wohl bezweifeln, dass damit der in letzterer Stelle gebrauchte Ausdruck „*per emptorem stetit quominus traderentur*“ gleichbedeutend ist. Abweichend Ulrich l. c. S. 86 ff. S. dagegen Windscheid § 346; Puchta, Vorles. II, S. 145.

<sup>3)</sup> L. 3 D. de periculo 18, 6.

<sup>4)</sup> Darauf bezieht sich das vielumstrittene Wort der L. 8 D. de tritico leg. 33 6: „*periculose facturum, si vinum effundet*“. Mehr will aber damit gewiss nicht gesagt sein. Vgl. übrigens unten S. 48. Windscheid II S. 315 Nte. 6. Wächter II S. 402 Nte. 37. Cf. Cato de R. R. 148 „*quod volet faciet*“. Dazu Karlowa, Civilpr., S. 137.

<sup>5)</sup> Vgl. auch H. G. B. Art. 343: „Der Verkäufer ist verpflichtet, die Waare, so lange der Käufer mit der Empfangnahme nicht im Verzuge ist, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes aufzubewahren.“

<sup>6)</sup> Vgl. auch Voigt J. N. III, S. 621 f.; Mommsen, Beitr. I, S. 333;

ihm nachgesehen, so haftet er dann auch nicht für den späteren Untergang der Sache, er wird frei von seiner Leistungspflicht, aber erst durch diesen casus, nicht durch die vorausgegangene „Preisgebung“. Der Grund aber, warum es dem Verkäufer nicht angerechnet wird, wenn er weitere Sorge für die zu liefernde Sache nicht mehr aufwendet, liegt nach der Aussage unserer Quellenstellen in der mora accipiendi des Käufers — dahin gestellt noch, welches Verhalten desselben diesen Namen verdient.

Und auf denselben Gedanken weisen auch die wenigen anderen Stellen hin, welche die „Preisgebung“ des Leistungsobjectes überhaupt berühren. So ist auch in L. 8 D. de tritico 33, 6 die Frage, welche Mittel in Folge mora des Legatars dem Erben zu Gebote stehen. L. 1 § 3 D. de periculo 18, 6 aber erwähnt zwar der mora nicht ausdrücklich; allein, bedenkt man, dass die Stelle vor der Preisgebung der Sache noch eine denuntiatio an den Käufer fordert, so kann man kaum bezweifeln, dass auch sie den Thatbestand der mora creditoris voraussetzt.<sup>1)</sup>

Die mora creditoris also ist es, welche zur Folge hat, dass der Schuldner für sorgfältige Bewahrung des Erfüllungsobjectes nicht mehr einzustehen hat; und die Consequenz davon ist, dass er im Nothfalle entschuldigt ist, wenn er dies Object ganz fahren lässt, dasselbe „preisgiebt“. Die Preisgebung als solche befreit ihn also nicht von der Haftung aus der obligatio, allein er haftet nicht für die Preisgebung und ihre Consequenzen.<sup>2)</sup>

Thöl, H. R. I; 2, S. 305; ferner Bechmann, Kauf, I, S. 595 Nte. 3 und Pernice, Labeo II, S. 320.

<sup>1)</sup> Im Uebrigen ist der Fall der L. 1 cit. nur äusserlich verschieden von dem der L. 13 und L. 15 cit. Die „Preisgebung“ des Weines hat natürlich den Untergang desselben zur unmittelbaren Folge, während das auf die Strasse setzen von Möbeln nur die mehr oder weniger entfernte Möglichkeit des Unterganges bewirkt. Nichtsdestoweniger ist auch hier der Untergang des Weines, nicht die Handlung des Ausgiessens als Rechtsact, der Grund des Erlöschens der Verbindlichkeit des Schuldners. Kohler S. 298 f.: „Diese Ausgiessung hatte . . . den Effect der Substanzvernichtung; allein dieser Effect ist durch die physikalische Natur der Sache gegeben, er liegt nicht im Wesen des Institutes.“ Soweit es sich um die Erlöschung der Obligation handelt ist das Obigem zufolge nicht richtig.

<sup>2)</sup> Als Wirkung der mora erscheint die Gestattung des „Preisgebens“  
v. Schey, Mora Creditoris.

Nach alledem glaube ich behaupten zu dürfen, dass die „Preisgebung“ den Namen eines Erfüllungssurrogates<sup>1)</sup> nicht verdiene — wenn anders man darunter einen Act versteht, welcher gleich der Erfüllung die Aufhebung der Obligation bewirkt.

Und wahrlich, als solches wäre die Preisgebung auch nicht glücklich erfunden. Das Erfüllungssurrogat soll ein Mittel sein, die rechtlichen Wirkungen der solutio ohne wirkliche Leistung herbeizuführen nach dem „einfachen System“: Der Schuldner thut ohne Beihilfe des Gläubigers, was er ohne diese thun kann, und ist frei.<sup>2)</sup> Nun liesse sich sehr wohl denken — obgleich das die Auffassung des römischen Rechts gewiss nicht ist<sup>3)</sup> — dass irgend ein Recht sagte: Wenn der Schuldner behufs Herbeiführung der Erfüllung zur gegebenen Zeit das Seinige gethan hat, so ist er zu nichts mehr verbunden. Hat er die Hand mit der zu tradirenden Sache dem Gläubiger entgegengestreckt, und ergreift sie letzterer nicht, so ist die Obligatio erloschen, weil der Verpflichtete „seine Arbeit gethan hat“. Der Schuldner braucht die Hand nicht länger hinzuhalten. Warum aber, um im Bilde zu bleiben, soll er seine Hand nicht mit der verschmähten Sache zurückziehen dürfen? Warum muss er das vielleicht sehr werthvolle Object früher fallen lassen, bevor er frei wird? Vom Standpunkte desjenigen, der da ein Erfüllungssurrogat sucht, ist das durchaus nicht zu rechtfertigen. Der Gläubiger hat davon gewiss keinen Vortheil. Aus schwächlichem Gerechtigkeitssinn also verlangt man, dass keiner von beiden Theilen die Sache

---

angeführt bei Seuffert, Pand., § 248, Nte. 6; Unterholzner l. c. I, § 61; Sintenis l. c. II, S. 217; Baron § 241; Bruns in Holtzendorff's Encyclop. (2. Aufl.) I, S. 402; Mommsen S. 312.

<sup>1)</sup> So behandelt das Institut auch Vangerow § 617 und Arndts § 261. S. auch Koch l. c. II, S. 676.

<sup>2)</sup> Kohler S. 287.

<sup>3)</sup> Gegen die Ansicht Zimmern's Arch. f. d. civ. Prax. III, S. 121 ff., welche darauf hinauskommt, s. Thibaut ebenda V, S. 332 ff. und Madai S. 468 f. Aehnliches behauptet nun aber für die strengen Obligationen des classischen Rechts Voigt l. c. III, S. 1073 f. L. 39 D. de R. J. darf natürlich für diese Ansicht nicht angeführt werden. Man vergleiche dagegen nur L. 167 pr. eod.

haben solle.<sup>1)</sup> Der Schuldner muss das Unangenehme der Leistung spüren, wenn er frei werden soll! Es führt aber auch die an die Spitze dieser Lehre gestellte Formel nicht zu diesem Resultate. Zerlegt man einmal die Obligationserfüllung in zwei Theile, so erhält man nicht: Verlust des Objects der Leistung durch den Schuldner — Gewinn desselben durch den Gläubiger, sondern: Offerirung desselben durch Ersteren — Acceptation desselben durch Letzteren. Mit anderen Worten unter diesem Principe müsste die Leistungsofferte, nicht die Preisgebung, als der „Leistungsversuch“ gelten, welcher der vollbrachten Leistung gleichsteht.

Ganz anders, wenn hier überall nicht ein Erfüllungssurrogat in Frage steht, sondern nur ein Mittel für den Schuldner, sich von der fortdauernden Sorge um die Möglichkeit künftiger unversehrteter Ablieferung der geschuldeten Sache zu befreien; wenn, um mich so auszudrücken, der Schuldner den Gesetzgeber gar nicht fragt: wie kann ich mich von der Leistung befreien, sondern — wann kann ich mich der weiteren Obsorge für künftige Leistung entschlagen? Auf diese Frage kann das Gesetz antworten: du bist durch mora des Gläubigers zwar nicht liberirt, aber du bist entschuldigt, falls du die Sache preisgiebst.<sup>2)</sup>

## § 8.

### 2. Die Deposition des Erfüllungsobjectes.

Schon sehr frühe<sup>3)</sup> erscheint bei den Römern als ein Mittel, den Schuldner von der Belästigung durch den Annahmeverzug zu befreien, die „depositio“ und „obsignatio“ — ob auch als „Erfüllungssurrogat“, wird hier, wie für die „Preisgebung“, zu untersuchen sein.

Wenn die Natur des Leistungsgegenstandes es erlaubt, vor

---

<sup>1)</sup> S. Bruns l. c. Dass sich der Schuldner andererseits nicht auf Kosten des Gläubigers bereichern dürfe, gehört nicht hieher.

<sup>2)</sup> Damit entfällt auch die Schwierigkeit, mit welcher sich Kohler S. 331 ff. befasst.

<sup>3)</sup> Jedenfalls zur Zeit Cicero's; s. Cicero ad Att. VI, 1 und V, 21.

allem also wenn derselbe in Geld besteht,<sup>1)</sup> so setzt ihn der Schuldner nicht auf die Strasse, sondern er hinterlegt ihn an sicherem Orte — in seinem eigenen Hause, bei einem Dritten, in einem Tempel, oder sonst in einer öffentlichen Anstalt.<sup>2)</sup> Ihrem juristischen Wesen nach ist diese Deposition anfänglich gewiss nicht verschieden von der „Aussetzung sans phrase“. Soweit es sich um das Verhältnis beider Institute in den ersten Stadien ihrer Entwicklung handelt, ist daher deren Gleichstellung bei Kohler berechtigt.<sup>3)</sup>

Eben deshalb gilt denn aber das im vorigen Paragraphen Gesagte auch für die Deposition in ihrer älteren Gestalt. Sie hat nicht den Zweck, und nicht die Kraft, den Schuldner zu liberiren.<sup>4)</sup> Lässt sich für diese Behauptung ein directer Beweis aus den Quellen nicht führen, so erklärt sich das, weil die Deposition ihren Charakter späterhin total geändert hat. Allein die gesammte Entwicklung, soweit wir sie überschauen können, spricht dafür — und jedenfalls ist ein Gegenbeweis aus den Quellen noch weniger zu erbringen.<sup>5)</sup> Das „deponere“ sollte den

---

<sup>1)</sup> Darüber, dass schon bei den Römern die Deposition nicht auf Geldschulden beschränkt war, s. Kohler S. 308 f. A. M. Zimmern Arch. f. d. civ. Pr. III, S. 123 f. Vgl. auch unten S. 45.

<sup>2)</sup> S. Die Nachweisungen bei Muther, Sequestr. u. Arrest, S. 358 f. und namentlich S. 363 ff. „über das in aede sacra deponere, in publico loco deponere, in horreis deponere und Aehnliches.“

<sup>3)</sup> Vgl. Kohler S. 304 ff.

<sup>4)</sup> Vgl. Ulrich l. c. S. 65. S. auch Cohn, actio de eo q. certo loco, S. 146.

<sup>5)</sup> Eine ausführliche Darstellung dieser Entwicklung kann ich in den Grenzen dieser Arbeit nicht geben. Hier also nur wenige Bemerkungen. L. 1 C. qui pot. 8, 18 (Imp. Sever. et Anton. a. 197) beweist nicht, dass die Deponirung schon in der classischen Zeit der Zahlung gleichstand; denn sie spricht ganz speciell vom jus offerendi des nachstehenden Gläubigers. Ebenso wenig beweisen dies einige ältere Stellen, welche von dem Einflusse der Deposition auf das Pfandrecht handeln (so L. 8 C. de distract. 8, 28 und L. 3 C. de luitione 8, 31). Sie erklären sich vom Standpunkte des classischen Rechts schon daraus, dass nach dem prätorischen Edicte einerseits die Formel der actio Serviana die Clausel enthielt „neque per A.<sup>m</sup> A.<sup>m</sup> stare quominus solvatur“, anderseits die actio pigneraticia auch darauf gestützt werden konnte, „si per N.<sup>m</sup> N.<sup>m</sup> stetit quominus solveretur“ (s. Lenel, Edict. perpet. S. 397, 201). Die Wirkungen, von welchen jene Stellen sprechen, sind in älterer Zeit also schon der mora creditoris beigelegt, nicht erst der Deposition. (Vgl. auch Ulrich l. c. S. 60.)

Schuldner nur der Sorge der Aufbewahrung und Behütung des Gegenstandes entheben. Da sie nun, und seitdem sie als zulässig betrachtet wurde, haftete der Schuldner auch nicht für die Consequenzen. Ging die Sache bei dem Depositär zu Grunde, so war das ein casus, der ihm nicht zugerechnet werden konnte. Er wurde durch den Untergang der Sache frei von seiner Obligation, aber auch erst durch diesen, nicht schon durch die Hinterlegung. Um den Uebergang des „periculum rei“, nicht um die Liberirung des Schuldners durch die Deposition handelte es sich zunächst. Das kommt deutlich zum Vorschein, wenn Africanus in L. 39 D. de solut. 46, 3 die Wirkung der Deposition illustriert durch den Hinweis — nicht auf die Wirkung der solutio, sondern der mora creditoris: „perinde habendum erit, ac si parato me solvere tu ex aliqua causa accipere nolles.“

Auch die Bedeutung der Deposition, so wie das ältere Recht sie auffasste, lag also nicht in dem „se-ponere“, nicht darin, dass „der Schuldner sich von der Sache wegzieht“,<sup>1)</sup> oder dass er, da der

---

Schliesslich darf vielleicht gerade aus dem Umstande, dass noch Diocletian (L. 9 C. de solut. 8, 43) ausdrücklich betonen musste, „obsignatione totius debitae pecuniae solenniter facta liberationem contingere, manifestum est“ geschlossen werden, dass diese Wirkung noch nicht über allen Zweifel erhaben war.

<sup>1)</sup> Kohler S. 305. Nur in Bezug auf einen Punkt ist diese „Absonderung“ aus der Wirthschaft des Schuldners von Bedeutung. Auf ihr beruht das Aufhören der Verpflichtung zur Verzinsung, genauer die Hemmung des Zinsenlaufs während der Dauer der „se-positio“. Allein gerade dies hat nach römischer Auffassung (auch der späteren Zeit — vgl. Kohler S. 382 f.) mit der liberirenden Wirkung der Deposition nichts zu thun. Die Verzinsung, als ein Aequivalent für den dem Schuldner gewährten Gebrauch des Capitals, soll wegfallen, wenn und so lange der Schuldner sich dieses Nutzens begiebt dadurch, dass er es für den Gläubiger bei Seite legt. (L. 7 D. h. t. 22, 1; L. 28 § 1, D. de admin. et peric. 26, 7; cf. L. 6 L. 9 C. h. t. 4, 32.) Vgl. Ulrich l. c. S. 58 f. Diese Wirkung mochte denn auch die Deposition „in suo“ haben (Kohler S. 306; dagegen Voigt l. c. S. 1074, Nte. 1687 und Ulrich l. c. S. 31), während man ihr die Wirkung der Lösung der obligatio doch wohl nicht wird zuschreiben können (s. auch Mommsen S. 307, Nte. 1). — Wo jene ratio nicht zutrifft, da hemmt die Deposition den Zinsenlauf auch in der That nicht (L. 2 C. h. t. 4, 32) — der beste Beweis, dass diese Rechtsfolge nicht auf der Natur der Deposition als „Erfüllungssurrogat“ beruht.

Gläubiger ihm die Sache nicht abnimmt, den Erfüllungsact zur Hälfte vollzieht<sup>1)</sup> — sondern darin, dass der Schuldner wie bezüglich der gänzlichen Weglegung, so bezüglich der Hinterlegung der Sache exculpirt erscheint. Die Deposition ist ursprünglich ein „Erfüllungssurrogat“ nicht, sie hat keine liberirende Wirkung. Fragt man aber nach ihren Voraussetzungen, so läuft das auf die Frage hinaus, welches Verhalten des Gläubigers jene exculpierende Wirkung hat, dieselbe offene Frage, zu welcher uns auch die Betrachtung der „Preisgebung“ schliesslich geführt hat.<sup>2)</sup>

Ein Unterschied factischer Natur bestand allerdings von Anfang an zwischen dem Mittel der Deposition und der Aussetzung des Erfüllungsobjectes, ein Unterschied, der zugleich den Keim zu der späteren juristischen Trennung beider in sich barg. Auch die Deposition wälzt, wie die Preisgebung, das *periculum rei* auf den Gläubiger. Allein es bedarf nicht vieler Worte darüber, dass diese Gefahr hier eine thatsächlich weit geringere ist, um so viel geringer, als der Gegenstand der Obligation sicherer ist „*tuto in loco*“<sup>3)</sup> als auf der Strasse. Die Furcht, dass er zu Grunde gehen, und damit das Recht des Gläubigers zu Nichte werden könne, ist minder gross, schon wenn der Schuldner in suo deponirt, sie wird noch schwächer, wenn er die Sache einem zuverlässigen Dritten anvertraut, und sie schwindet bis auf ein Minimum, wenn der Gegenstand einer Anstalt übergeben wird, die unter öffentlichem Schutze<sup>4)</sup> und staatlicher Garantie steht. Vollends, wenn letztere Art der Deposition für Geldleistungen

---

<sup>1)</sup> Dass die Deposition, wie die Preisgebung der Sache, zugleich Traditionsofferte ist — was Kohler S. 311 ff. treffend ausführt — gehört nicht hieher. Nimmt der Gläubiger hinterher die Sache in Empfang, so ist die Tradition perfect und die obligatio erloschen — durch Erfüllung, nicht durch ein Erfüllungssurrogat! — Zu viel gesagt ist es jedenfalls, dass die Deposition „nichts anderes“ sei; so Kniep I, S. 227.

<sup>2)</sup> S. oben S. 33 ff.

<sup>3)</sup> L. 28 § 1 D. de admin. et peric. 26, 7. Ueber die besondere Sicherheit der Deposition in aede sacra, s. Muther l. c. S. 367.

<sup>4)</sup> Inwieferne auch die argentarii dahin gehörten, s. Muther l. c. S. 368.



und ähnliche rechtlich als die allein zulässige erkannt ist,<sup>1)</sup> dann erscheint das Problem, wenn nicht vollkommen, so doch in möglichster Annäherung gelöst, dem Schuldner zu seiner Befreiung ohne Mithilfe des Gläubigers ein Mittel zu bieten, das gleichzeitig dem Gläubiger die Möglichkeit wahr, immer noch zu seiner Befriedigung zu gelangen.<sup>2)</sup>

Aus diesem Grunde kann daher das fortgeschrittene Recht die *Deposition direct* als Liberirung des Schuldners hinstellen, wie das für das neuere römische Recht bezeugt ist.<sup>3)</sup> Und aus diesem Grunde kann dem Schuldner dies Mittel schlechthin gegeben werden,<sup>4)</sup> gleichviel, wie und warum die zur rechtzeitigen Erfüllung seiner *obligatio* nöthige Mitwirkung des Gläubigers ausbleibt.<sup>5)</sup> Damit ist die *depositio in publico* des neueren römischen, wie die gerichtliche Hinterlegung des modernen Rechts, zu einer der Zahlung coordinirten Erlöschungsart geworden — ein Erfüllungssurrogat im wahren Sinne des Wortes. Dass sie damit aber auch ihrem ganzen Wesen nach von der „Preisgebung“ geschieden ist, braucht nach den Ausführungen über letztere kaum noch besonders betont zu werden.<sup>6)</sup>

---

<sup>1)</sup> *Deposition „in publico“*: L. 19 C. h. t. 4, 32; „*solemnis depositio*“: L. 10 C. de pign. act. 4, 24.

<sup>2)</sup> Vgl. oben S. 29. Eben diesen Gesichtspunkt betont auch L. 7 § 2 D. de minor. 4, 4: „*sed hodie solet pecunia in aedem deponi, ut Pomponius... scribit, ne vel debitor ultra usuris oneretur vel creditor perdat pecuniam*“.

<sup>3)</sup> L. 9 C. de solut. 8, 43; cf. L. 64 D. de fidej. 46, 1; L. 56 § 1, D. mand. 17, 1. Ueber die Frage, ob diese Liberirung eine unbedingte ist — welche hier nicht unmittelbar interessirt — s. Ulrich l. c. § 15; Kohler S. 333 ff.; Sintenis l. c. II, S. 420, Nte. 85.

<sup>4)</sup> Ulrich l. c. S. 4 f., S. 13 ff.; Gruchot, *Zahl. d. Geldschuld* S. 237 ff.; W. H. Puchta, *Dienst d. deutsch. Justizämter*, II, S. 593 ff.

<sup>5)</sup> Beispiele in Nov. 91 c. 2: Verweigerung der Annahme der Leistung; L. 56 § 1 D. mand. 17, 1; L. 64 D. de fidej. 46, 1: Minderjährigkeit des Gläubigers; L. 1 § 37 D. depos. 16, 3: Zweifel über die Legitimation des Berechtigten; L. 4 pr. D. de statul. 40, 7: Abwesenheit des Gläubigers „*rei publicae causa*“. S. übrigens zu L. 1 § 37 cit. Kühne, *Jhrb. f. d. Dogm.* XVII, S. 1 ff. und Jess, ebendas. S. 158 ff.

<sup>6)</sup> S. unten § 9.

### 3. Die Verkaufsselbsthilfe.

In derselben Richtung sich bewegend, ist die Entwicklung hier gleichwohl nicht so weit gediehen, wie die der Deposition.<sup>1)</sup>

Zwischen der Preisgebung des Gegenstandes der Obligation und dessen Hinterlegung steht ein drittes Mittel für den Schuldner. Um der Sorge für die Sache enthoben zu sein, entledigt er sich ihrer dadurch, dass er sie für Rechnung des Gläubigers verkauft. Den gelösten Preis hat er dem Letzteren herauszugeben.<sup>2)</sup> So klar dies ist, so zweifelhaft erscheint es, wie der Anspruch des Gläubigers auf dies Letztere zu construiren sei — ein Punkt, welcher hier nur in Kürze gestreift werden kann, da er nicht unmittelbar zur Sache gehört. Als leitender Gedanke scheint mir dabei lediglich festzuhalten, dass der Schuldner, wenn er auch durch den Selbstverkauf sich der schuldigen Leistung entziehen kann, ohne ersatzpflichtig zu werden, doch dem Gläubiger die Bereicherung herauszugeben hat, welche ihm geworden ist.<sup>3)</sup> Für diese Erscheinung, dass sich eine Verpflichtung gleichsam zurückzieht bis auf den Betrag der Bereicherung des Schuldners, giebt es der Analogieen genug im römischen Rechte.<sup>4)</sup> Und insoferne die classischen Juristen in solchen Fällen den Anspruch des Gläubigers auf die Bereicherung in die Klage aus der

<sup>1)</sup> Gegen das Verkaufsrecht als positiv festgesetztes Aushilfsmittel spricht sich aus Ulrich l. c. S. 92 ff.

<sup>2)</sup> Nimmt der Gläubiger ihn nicht an, so wird er sich zuletzt durch Deponirung des Geldes liberiren. Kohler S. 347.

<sup>3)</sup> Die Zurückführung auf eine negotiorum gestio des Schuldners für den Gläubiger, wie sie Ulrich l. c. befürwortet, stösst auf Schwierigkeiten, welche unten S. 130 ff. zur Sprache kommen werden. Was vor allem gegen diese Construction spricht, ist, dass der Schuldner zum Selbstverkauf nicht als zu einer „conservatorischen Massregel im Interesse des säumigen“ Gläubigers (so Ladenburg in Ztschr. f. H. R. III, S. 469) schreitet, sondern im eigenen Interesse, um sich aus seiner Verlegenheit zu befreien. Vgl. Thöl, H. R. I, 2. S. 367 f., bes. Nte. 18 und 19. Hahn, Comment. II, S. 271, 273.

<sup>4)</sup> S. z. B. L. 1 § 47 L. 2 D. depos. 16, 3; L. 13 § 17 D. de A. E. V. 19, 1; L. 21 i. f. D. de H. v. A. V. 18, 4; L. 14 pr. D. de furt. 47, 2. Es sind das die Fälle, für welche die Regel zutrifft, „commodum ejus esse debet, cujus periculum“, s. Mommsen, Erörter. I, S. 76 ff.

ursprünglichen obligatio kleiden,<sup>1)</sup> kann man wohl auch hier sagen: „die Pflicht der Sachleistung verwandelt sich in eine Pflicht der Geldleistung.“<sup>2)</sup>

Für unsere Frage liegt jedenfalls das Interesse des Vorganges nicht sowohl in der Entstehung des neuen, als in dem Schicksale des ursprünglichen Anspruchs. Was diesen anbelangt, so ist der in den Quellen deutlich ersichtliche Gesichtspunkt der folgende. Wenn und weil der Gläubiger im Verzuge ist — dahingestellt, was des Näheren darunter zu verstehen sei — trifft den Schuldner, welcher sich auf dem Wege des Verkaufs des Leistungsobjectes entäussert, kein Vorwurf.<sup>3)</sup> Die Unmöglichkeit der Erfüllung seiner Verpflichtung, welche er damit herbeiführt, erscheint daher als casuelle, und deshalb erlischt der Anspruch auf Lieferung der Sache.<sup>4)</sup> Wie in der „Preisgebung“, so im „Selbstverkauf“ ist es also nicht ein mit dieser besonderen Kraft ausgestatteter Rechtstact, sondern die eingetretene Unmöglichkeit der Leistung, welche die Obligation aufhebt;<sup>5)</sup> und in beiden Fällen liegt die Besonderheit nur darin, dass es dem Verpflichteten nicht zur Schuld angerechnet wird, wenn er selbst diese Unmöglichkeit herbeiführt.

Die entscheidende Frage bleibt somit immer die, ob der Schuldner bezüglich des Verkaufes des zu liefernden Objectes, durch welchen er sich die Leistung unmöglich macht, entschuldigt ist durch das Verhalten des Gläubigers. Dass es hierauf

---

<sup>1)</sup> L. 1 § 47 cit. L. 2 D. de cond. sine c. 12, 7. S. auch L. 14 D. de peric. 18, 6, welche gerade von dem verwandten Falle der Preisgebung des Erfüllungsobjectes spricht.

<sup>2)</sup> Kohler S. 347.

<sup>3)</sup> Wenn er nur „bona fide“ verkauft, d. i. das Interesse des Gläubigers wahrt, so weit Zeit und Umstände es gestatten: L. 1 § 3 D. de peric. 18, 6.

<sup>4)</sup> Dass die nachfolgende, auch bloß subjective Unmöglichkeit die obligatio aufhebt, s. Windscheid II, § 264, Nr. 2. Speciell über die durch Verkauf des Leistungsobjectes herbeigeführte Unmöglichkeit der Leistung, s. Mommsen, Beitr. I, S. 39 f.

<sup>5)</sup> Allerdings tritt die Unmöglichkeit der Leistung hier nothwendig in demselben Augenblicke ein, in welchem der Schuldner sich — durch Verkauf — der Sache entledigt, während die Preisgebung in der Regel nur die Gefahr späteren Unterganges der Sache, also späteren Unmöglichwerdens mit sich bringt. Dass dies aber ein lediglich factischer Unterschied ist, ist schon oben S. 33 Nte. 1 bemerkt worden.

ankommt, leuchtet hervor aus der Ausdrucksweise der Pandectenstelle, welche die *sedes materiae* genannt werden darf. Pflicht des Schuldners ist, so sagt L. 1 § 3 D. de peric. 18, 6, „operam dare, ut quam minime detrimento sit ea res emptori.“ Wie die „Preisgebung“, und wie die Deposition der älteren Zeit, so führt uns somit auch die „Verkaufselbsthilfe“ auf einen Punkt, wo die Entscheidung zu fällen ist, welches Gebahren des Gläubigers geeignet sei, den Schuldner zu exculpieren. Dass dies nicht die Frage nach einem „Erfüllungssurrogat“ ist, bedarf nach allem Bisherigen keiner weiteren Ausführung.<sup>1)</sup>

Soweit es sich um das gemeine Recht handelt, ist die Verkaufselbsthilfe auf diesem Standpunkte auch immer geblieben. Immer ist sie nur die mildere Form des Actes, durch welchen der Schuldner sich der Sorge für die weitere Erfüllungsbereitschaft entzieht, eine rücksichtsvollere Preisgebung der Sache.<sup>2)</sup> Erfüllungssurrogat gleich der gerichtlichen Hinterlegung ist sie nie geworden. Und sie konnte das auch nicht werden. Gefährdet sie den Gläubiger auch nicht so sehr, wie die „Aussetzung“ des Erfüllungsobjectes, so wahrt sie dessen Interesse doch nicht ausreichend. Wie oft wird der Schuldner die Sache nur tief unter ihrem Werthe loschlagen können;<sup>3)</sup> wie oft wird dem Gläubiger der gelöste Preis, mag er auch ein hoher sein, die Sache selbst, um die es sich handelt, nicht aufwiegen! Die Verkaufshilfe als allgemeines Surrogat der Erfüllung zuzulassen, würde daher der Aufgabe des Rechts nicht entsprechen.<sup>4)</sup>

---

<sup>1)</sup> Mit Recht stellen daher die meisten unserer Hand- und Lehrbücher, soweit sie des Institutes überhaupt gedenken, den Selbstverkauf nicht neben das Erfüllungssurrogat der gerichtlichen Deposition, sondern zu den Wirkungen der *mora accipiendi*. So auch Thöl l. c. S. 367. S. dagegen Böcking Pand. Grundr. II, § 143.

<sup>2)</sup> Dass er, wenn es möglich ist, diese mildere Form auch wählen muss, s. Mommsen S. 313 f.; Wolff S. 490 f.

<sup>3)</sup> Er darf das thun, wenn die Zeit drängt: L. 1 § 3 cit. Vgl. auch Thöl l. c.

<sup>4)</sup> Vgl. Windscheid II, S. 316, Nte. 6. Im Gegensatze zu Kohler S. 339 ff. muss ich daher dafür halten, dass diejenigen neueren Codificationen — vom Handelsrechte abgesehen (vgl. die folgende Nte.) — auf dem richtigen Wege sind, welche die Verkaufselbsthilfe nicht auf dieselbe Basis stellen, wie die Depo-

Allerdings aber giebt es einen Kreis von Rechtsverhältnissen, in welchen beide erwähnte Bedenken wegfallen, weil in denselben einerseits die Möglichkeit den Schuldgegenstand zum wahren Preis loszuschlagen regelmässig vorhanden ist, und andererseits die Sache dem Forderungsberechtigten nicht als Individuum, sondern als Waare, als Object weiterer Verwerthung in Betracht kommt. Ich meine das Gebiet des Handelskaufes. Hier kann in der That die Verkaufselbsthilfe als Surrogat der Erfüllung überall gewährt werden, wo die Erfüllung Mangels Acceptation der Waare unmöglich ist. Das moderne Handelsrecht hat denn auch diesen Gedanken aufgenommen.<sup>1)</sup> Für das bürgerliche Recht aber bleibt der Selbstverkauf, was er ursprünglich war, ein dem Schuldner nachgesehenes Aufgeben der geschuldeten Sache.

### § 9.

Die vorstehenden Ausführungen haben unmittelbare Bedeutung auch für das moderne, und so insbesondere das österreichische Recht.

Die gerichtliche Deposition, und nur sie, kann mit Fug ein

---

sition. So setzt Preuss. L. R. I; 11 § 218 (s. § 216) Verzug des Gläubigers voraus (und beschränkt den Selbstverkauf noch in anderer Weise), während die gerichtliche Deposition noch in anderen Fällen zulässig ist (vgl. dazu Dernburg II, S. 172 und S. 394); desgleichen Sächs. bgl. G. B. §§ 756, 757, verglichen mit § 759. Die deutschen Entwürfe gehen allerdings einen Schritt weiter, indem sie den Verkauf im Nothfalle an die Stelle der Deposition in allen Fällen treten lassen, in welchen letztere zulässig ist; allein sie schreiben wenigstens öffentliche Versteigerung und sofortige Hinterlegung des Preises vor. So Dresd. Entw. Art. 370; bayr. Entw. II, Art. 177; Hess. Entw. IV, Art. 301; ähnlich Schweiz. Obl. R. Artt. 107, 108. Ueber den Code civ. s. unten S. 48 Nte. 3. Vgl. überhaupt den folgenden §.

<sup>1)</sup> S. H. G. B. Art. 343. Indem aber hier das Recht des Selbstverkaufes an die Voraussetzung des „Verzuges“ des Käufers gebunden ist, über dessen Vorhandensein die Particularrechte zu entscheiden haben (s. Hahn l. c. II, S. 271), von welchen viele culpa des Käufers erfordern (vgl. nur § 1051 a. b. G. B. und unten S. 88 ff.), so erscheint — von anderen Einschränkungen des Rechts in Art. 343 cit. abgesehen — gerade auf diesem Gebiete das Institut in der That „in nicht ausreichender Weise“ ausgebildet: Thöl l. c. S. 356. Vgl. auch Ulrich S. 99.

„Erfüllungssurrogat“,<sup>1)</sup> ein „payement forcé“<sup>2)</sup> genannt werden. Sie wirkt liberirend gleich der Zahlung und steht dieser als subsidiäre Lösung der obligatio zur Seite in allen Fällen, in welchen wegen fehlender Mitwirkung des Gläubigers die Erfüllung selbst unmöglich ist.<sup>3)</sup> Mag der Berechtigte aus Chicane oder Berechnung, aus Nachlässigkeit oder aus triftigen Gründen die Annahme verweigern, mag die Zahlung unmöglich sein wegen Abwesenheit des Creditors oder wegen Handlungsunfähigkeit desselben, oder endlich, mag die Legitimation des Fordernden wegen eines schwebenden Streits zweifelhaft erscheinen: Dies alles gilt gleich.<sup>4)</sup> So erklärt § 1425 a. b. G. B.:

„Kann eine Schuld aus dem Grunde, weil der Gläubiger unbekannt, abwesend, oder mit dem Angebotenen unzufrieden ist, oder aus anderen wichtigen Gründen nicht bezahlet werden; so steht dem Schuldner bevor, die abzutragende Sache bei dem

---

<sup>1)</sup> So nennt sie auch Gruchot l. c. S. 238. „Eine Art Zahlung“ sagt Zeiller IV, S. 132.

<sup>2)</sup> Demolombe, *Traité des Contrats*, Tom. V, No. 63.

<sup>3)</sup> Vgl. oben S. 39 Nte. 5. Auf dem, nach den Ausführungen des § 8, veralteten Standpunkte, von welchem aus die Deposition mora creditoris voraussetzt, steht der Cod. Max. Bavar. IV. Th., 14. Cap., §§ 15, 16, aber auch noch Code civ. Artt. 1257—1264; vgl. Demolombe l. c. No. 68, 69 und 163, und Pothier, *Traité des Oblig.* II, No. 574, 577. Weiter geht schon Preuss. L. R. I; 16, §§ 216, 218, 222; I; 17, §§ 152—156; I; 11, § 419, wobei allerdings die mora creditoris noch immer als der Hauptfall gilt — s. Koch l. c. II, S. 661 ff.; Dernburg II, S. 237 f. — Die neueren Gesetze und Entwürfe stellen zumeist neben die Hinterlegung wegen Verzugs des Gläubigers die Hinterlegung aus den anderen im Texte erwähnten Gründen; so Sächs. G. B. §§ 756, 759; Dresd. Entw. Art. 370; Hess. Entw. IV, Art. 301; Bayr. Ent. II, Art. 177. Beschränkter Zürch. Ges. B. §. 995: „wenn der Gläubiger widerrechtlich zögert oder an dem Erfüllungsort nicht zu erfragen ist“. Dagegen Schweiz. Obl. R. Art. 107 lautet allgemein: „wenn der Gläubiger sich im Verzuge befindet oder die Erfüllung .... aus andern Gründen“ nicht geschehen kann.

<sup>4)</sup> Nicht hierher gehören Fälle, in welchen die gerichtliche Hinterlegung die vorgeschriebene Art der Erfüllung selbst ist (s. z. B. § 234 a. b. G. B.), s. Ulrich l. c. S. 7; Gruchot l. c. S. 238. — Specielle Anwendungsfälle bieten §§ 348, 455, 890 a. b. G. B. Vgl. Zeiller IV, S. 133, 88; ferner Unger, *Erbr. S.* 246. Eine interessante Anwendung ist die in § 471 a. b. G. B. normirte Hinterlegung einer geschuldeten Sache bei Gericht, um sie dann wegen einer Gegenforderung mit Verbot zu belegen. Vgl. Gspann, *Ger. Ztg.* 1851, Nr. 115.

Gerichte zu hinterlegen; oder, wenn sie dazu nicht geeignet ist, die gerichtliche Einleitung zu deren Verwahrung anzusehen. Jede dieser Handlungen, wenn sie rechtmässig geschehen und dem Gläubiger bekannt gemacht worden ist, befreit den Schuldner von seiner Verbindlichkeit, und wälzt die Gefahr der geleisteten Sache auf den Gläubiger“.<sup>1)</sup>

Unter anderem auch auf den Fall des Annahmeverzuges anwendbar, reicht also die gerichtliche Deposition weit über dies Gebiet hinaus. Sie ist auch nach österreichischem Rechte gewiss nicht auf Geldleistungen beschränkt, sondern auf Sachleistungen im weitesten Sinne anwendbar.<sup>2)</sup> Ihre einzige Schranke besteht in dieser Beziehung in der thatsächlichen Möglichkeit der Hinterlegung bei Gericht.<sup>3)</sup> Allein selbst in dieser Richtung sind die Grenzen durch die österreichische Gesetzgebung sehr weit gesteckt. Wo die gerichtliche Deposition unthunlich ist, so vor allem bei Immobilien, wird vom Gerichte auf andere Art, für die „Verwahrung“ der Sache zu sorgen sein, so insbesondere durch deren Sequestration.<sup>4)</sup> Die „gerichtliche Hinterlegung“ in ihrem

---

<sup>1)</sup> Der letzte, den Uebergang der Gefahr betreffende Passus des § 1425 cit. darf wohl als Beweis dafür betrachtet werden, dass durch die Deposition das Eigenthum des hinterlegten Erfüllungsobjectes auf den Gläubiger nicht übergeht. So auch Zeiller l. c. S. 134, welcher, wie aus seiner Citation des § 861 a. b. G. B. hervorgeht, die Hinterlegung als Traditionsofferte behandelt. S. auch Winiwarter V, S. 91; Stubenrauch zu dies. § Nr. 4. Anders, aber doch wohl unrichtig, Kirchstetter zu dies. §: „Die Deponirung wirkt in jeder Beziehung wie die wirkliche Zahlung“. — Ueber die Frage der Rücknahme des Depositums durch den Schuldner sei hier nur auf Kohler S. 347 ff. verwiesen; dagegen Unger, Der rev. Entw. S. 43 ff.

<sup>2)</sup> Dass der Ausdruck „Zahlung“ hier, wie überhaupt in den §§ 1412 bis 1437 a. b. G. B. nicht in dem engeren Sinne dieses Wortes zu nehmen ist, kann nicht bezweifelt werden. S. Zeiller l. c. S. 115 f. Vgl. auch Gruchot l. c. S. 7 f. und die Entscheidung bei Glaser-Unger-Walther Nr. 5699.

<sup>3)</sup> Allerdings kommen dabei auch die rechtlichen Schranken in Betracht, welche durch die Normen über die depositenämtliche Gebahrung gegeben sind. Vgl. z. B. Vdg. v. 16. Nov. 1850 R. G. B. Nr. 488, §§ 8, 21, 25, 39; Vdg. v. 28. Juli 1856, R. G. B. Nr. 137, § 5. S. auch Puchta, Dienst der deutsch. Justizämter. II, S. 599 f.

<sup>4)</sup> Gemeinrechtlich ist diese Gestaltung des Erfüllungssurrogates ziemlich zweifelhaft; s. Ulrich l. c. S. 27; Donellus, Comm. jur. civ. XIV c. 14.

weiteren alle eben erwähnten Arten umfassenden Sinne bleibt somit schliesslich unanwendbar nur in den selteneren Fällen: wenn die zu liefernde Sache dem Verderben ausgesetzt, und daher zu einer Aufbewahrung überhaupt nicht geeignet ist — oder wenn sich thatsächlich eine geeignete Persönlichkeit, die als Sequester oder Verwahrer bestellt werden könnte, nicht findet.<sup>1)</sup>

Schon an dieser Stelle darf also hervorgehoben werden, dass dem Schuldner in der gerichtlichen Deposition ein Mittel zu Gebote steht, welches praktisch fast in allen Fällen, in welchen ihm die directe Obligationserfüllung nicht möglich ist, sein Bedürfnis deckt — ein Punkt, auf welchen später noch ein Blick zu werfen sein wird.

Unter ganz anderem Lichte sind in den Ausführungen der vorstehenden Abschnitte die Preisgebung und die Verkaufsselbsthilfe erschienen. Nicht als Erfüllungssurrogate, sondern lediglich als Acte kamen sie in Betracht, durch welche sich der Schuldner der lästigen Aufbewahrung der zu leistenden Sache entschlägt, zugleich allerdings als Acte, bezüglich deren er wegen der mora des Gläubigers entschuldigt wird — immer noch dahingestellt, worin das Wesen dieser letzteren besteht. Die „Preisgebung“ insbesondere war niemals ein Erfüllungssurrogat, als welches sie die

---

Dagegen Kohler S. 344; Windscheid § 347. — Für das österreichische Recht kann die Anwendung der gerichtlichen „Verwahrung“ durch Sequestration eines Immobile kaum bezweifelt werden. § 1425 a. b. G. B. scheint — dies bestätigen nach einer Mittheilung, welche ich der Güte des Herrn Prof. Pfaff verdanke, auch die Berathungsprotokolle zu diesem § — gerade im Hinblick auf Immobilien seine alternative Fassung erhalten zu haben, um einen correcteren Ausdruck an Stelle desjenigen zu setzen, welchen das Westgal. G. B. III, § 580, gebraucht hatte: „die abzutragende Sache, sie mag beweglich oder unbeweglich seyn, bey Gericht hinterlegen“. Vgl. Zeiller l. c. S. 133 f.; Winiwarter l. c. S. 90; Stubenrauch l. c. Nr. 1 (vgl. auch § 471 a. b. G. B.). Ebenso die Entscheidung bei Glaser-Unger-Walther Nr. 1762; dagegen Nr. 8172. Für das preussische Recht s. Dernburg II, S. 236.

<sup>1)</sup> Ueber die Grenze der richterlichen Prüfung des Grundes der Hinterlegung — in welcher jedenfalls nicht sehr weit zu gehen ist — s. nur Gruchot l. c. S. 248 ff. und die Entscheidungen bei Glaser-Unger-Walther Nr. 6230 und 8096.



Epitheta der „Rücksichtslosigkeit“ und alterthümlichen „Härte“<sup>1)</sup> wohl verdient hätte. Sie ist in dieser ihrer Eigenschaft denn auch nicht durch die feineren Surrogate der Verkaufselbsthilfe und endlich der Deposition überholt worden. Vielmehr ist sie geblieben, was sie immer war: das Auskunftsmittel für den durch die Nichtannahme seiner Leistung in Verlegenheit gesetzten Schuldner, um sich der Sorge für das Erfüllungsobject zu entledigen, ein Mittel, das ihm als ultima ratio bei Verzug des Gegners nachgesehen ward. Die Entwicklung der gerichtlichen Hinterlegung geht ihren eigenen Weg; sie führt zur Liberirung des Schuldners. Damit freilich nimmt sie ihm auch die Verantwortlichkeit für den Gegenstand der Leistung ein für alle Mal ab, und deshalb, aber auch nur deshalb, hat sie gleich der Verkaufselbsthilfe einen Einfluss auch auf die Zulässigkeit der Preisgebung. Je allgemeiner die gerichtliche Deposition möglich wird, desto seltener kann jene ultima ratio Platz greifen; denn, so lange dem Schuldner noch ein Weg offen steht, der ihn von der Last fortdauernder Erfüllungsbereitschaft gerade so gut befreit, wie das völlige Aufgeben der Sache, kann er nicht entschuldigt sein, falls er zu diesem Aeussersten greift. In soferne wird die gerichtliche Hinterlegung, wo sie möglich ist, geradezu zum Rechte des Gläubigers,<sup>2)</sup> und entsteht unter den Mitteln, deren sich der

---

<sup>1)</sup> S. Kohler S. 287, 290. Gegen ihn möchte ich auch bemerken, dass der Zug der Rechtsentwicklung überhaupt kaum in der Richtung gehen dürfte, dass zuerst „die einseitige Strenge einer catonischen Zeit“ das rohe Mittel der „Aussetzung sans phrase“ als Surrogat der Erfüllung zugelassen, die späteren Zeiten aber mehr Rücksicht auf den Gläubiger in die „Erfüllungsurrogate“ zu bringen gewusst hätten. Die Strenge und der Formalismus des alten römischen Rechts kehrten ihre Spitze gegen den Schuldner, nicht gegen den Gläubiger. Sollte ein Recht, das wahrscheinlich erst allmählig die Zahlung als civilrechtliche Erlösungsart anerkannte (vgl. Hartmann, Obligation S. 29 f., Nte. 9; Ihering, Geist d. r. R. II (4. Aufl.), S. 627 f.), eine einseitige Aufhebung der Obligation durch einen Act haben gelten lassen, der das gerade Gegentheil der Leistung ist? Vgl. M. Cohn bei Ulrich S. 90, Nte. 20. Auf der entgegengesetzten Auffassung beruht allerdings auch die Ansicht von Voigt l. c. S. 749, 761 (vgl. aber S. 722), jetzt auch XII Taf. I, S. 378, Nte. 11; ferner Kuntze, Curs. § 617.

<sup>2)</sup> Wie das auch in oberstgerichtlichen Entscheidungen anerkannt ist S. Glaser-Unger-Walther Nr. 5882, 7877, 8192, dagegen Nr. 7384 und 7860.

Schuldner bei Säumigkeit des Gläubigers bedienen kann, eine feste Stufenfolge: Deposition, Selbstverkauf, Preisgebung des Erfüllungsobjectes.<sup>1)</sup> Das ändert aber nichts an der Thatsache, dass das erstgenannte Mittel auch noch in anderen Fällen anwendbar scheint, in welchen die letzten beiden überhaupt gar nicht in Frage kommen.

Die Bedeutung dieser Erkenntnis für die Feststellung des Begriffs der *mora creditoris* wird sich unten zeigen. Hier muss vorerst nur die Wichtigkeit dieses Verhältnisses in einer andern Richtung betont werden.

Wären Preisgebung und Selbstverkauf in der That gleich der Deposition Erfüllungssurrogate, Thatsachen, denen die Kraft zukommen soll, den Schuldner direct von der Obligation zu lösen, dann könnte im Bereiche einer Gesetzgebung, welche ihnen diese Wirkung nicht ausdrücklich beilegt,<sup>2)</sup> von einer Anerkennung dieser Institute nicht die Rede sein. Ganz anders, wenn beide nur als Handlungen des Schuldners in Betracht kommen, bezüglich deren er schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen entschuldigt wird, so dass die in deren Folge etwa eintretende Unmöglichkeit der Obligationserfüllung als eine casuelle erscheint und ihn somit liberirt. Liegt die Sache so, dann werden wir kein Bedenken tragen, Preisgebung und Selbstverkauf in dieser ihrer Bedeutung auch unter einem Rechtssysteme anzuerkennen, welches ihrer gar nicht besonders erwähnt — wenn anders die allgemeinen Principien, aus denen sich diese Bedeutung ergibt, auch in diesem Rechtssysteme Geltung haben.

Und dies trifft zu für das österreichische Recht.<sup>3)</sup> Das

---

Vgl. auch Stubenrauch zu § 1425 Nr. 4, welcher mit Recht bemerkt, dass der Schuldner unter Umständen durch Unterlassung der Deposition sogar in *mora* gerathen könne.

<sup>1)</sup> Vgl. Wolff S. 488 ff. Mommsen S. 312 f. Ulrich S. 98 f. W. H. Puchta l. c. S. 595 f. Glück XVII, S. 182. A. M. Treitschke, Kaufcontr. (2. Aufl.) S. 275, welcher die Preisgebung heutzutage für unzulässig hält.

<sup>2)</sup> Bezüglich der Verkaufselbsthilfe s. oben S. 42, Nte. 4. Der Preisgebung erwähnt ausdrücklich nur das Sächs. bgl. G. B. § 757.

<sup>3)</sup> Für das Preuss. Recht (s. Dernburg II, S. 172) kann angesichts der positiven Vorschrift L. R. I; 11, § 217 über die ebenda §§ 218 ff. ge-

a. b. G. B. enthält Normen über die Preisgebung und die Verkaufsselbsthilfe nicht. Allein die Grundsätze, auf welchen Zulässigkeit und Wirkung beider Institute im römischen Rechte beruhte, und welche, wie zu zeigen versucht wurde, dieselben auch heute beherrschen, erfreuen sich voller Geltung auch im österreichischen Privatrechte. Die nähere Ausführung dieser Behauptung gehört der Darstellung der Wirkungen der *mora creditoris* an.<sup>1)</sup> An dieser Stelle muss ich mich mit wenigen vorläufigen Andeutungen begnügen. Anwendbarkeit und Erfolg jener beiden Mittel sind uns als Consequenzen aus zwei Rechtssätzen erschienen.<sup>2)</sup> Der erste ist die Regel: Dass der Schuldner durch nachfolgende (sei es auch nur subjective) Unmöglichkeit der Leistung, wenn deren Eintritt ihm nicht zur Schuld angerechnet werden kann, frei wird — der zweite: Dass die *mora* des Gläubigers ihn entschuldigt, wenn er sich der zu leistenden Sache entledigt, so dass die in der Folge eintretende Unmöglichkeit der Erfüllung als casuelle zu betrachten ist. Eben diese Elemente für die Bildung der Normen über die Preisgebung und den Verkauf des Erfüllungsobjectes liegen auch in dem a. b. G. B. vor. Das erste findet unmittelbaren

---

gebenen Schranken nicht hinausgegangen werden. Der Code civ. (Artt. 1257 bis 1264) kennt, strenge genommen, nicht nur die Verkaufsselbsthilfe und die Preisgebung nicht, sondern auch nicht den Begriff einer *mora creditoris*. Die nicht angenommene Leistungsofferte („*offres réelles*“) kommt überhaupt nur in Betracht als Voraussetzung der Deponirung und damit der Liberirung des Schuldners. Die französische Jurisprudenz spricht gleichwohl von „*demeure du créancier*“ (so schon Pothier l. c. No. 574 sqq., welchem der Code hier folgt), und sie legt, wengleich zögernd, dieser *mora* auch selbständige Rechtsfolgen bei. Vgl. Molitor l. c. No. 363, 364; Demolombe, dessen Darstellung für die im Texte berührte Frage insoferne besonders interessant ist, als er diese Wirkungen der *mora creditoris*, insbesondere die Ersatzpflicht des Gläubigers (l. c. Nr. 128, 131) und den Uebergang der Gefahr auf den Gläubiger (l. c. Nr. 140, 168; gegen Larombière, *Théorie et pratique des obligat.* T. III, Art. 1257, Nr. 11) lediglich aus dem allgemeinen Grundsatz des Code civ. Art. 1382 ableitet. — Von einer besonderen Art des Annahmeverzuges ist übrigens im Art. 1790 des Code die Rede („*demeure de vérifier l'ouvrage*“) mit Bezug auf die Werkverdingung (Bad. L. R. Art. 1790: „*Prüfungsverzug*“).

<sup>1)</sup> S. unten § 19.

<sup>2)</sup> S. oben S. 32 ff.

Ausdruck in dem Satze des § 1447 a. b. G. B., nach welchem zufällige Unmöglichkeit<sup>1)</sup> der Leistung „alle Verbindlichkeit“ aufhebt — das zweite liegt angedeutet als allgemeines Princip im § 1419 a. b. G. B.: „Die widrigen Folgen“ seiner Zögerung fallen auf den Gläubiger. Bedarf auch letzterer Satz noch einer eingehenden Beleuchtung,<sup>2)</sup> so kann also doch so viel schon hier behauptet werden, dass die juristischen Fundamente für unsere beiden Institute damit gegeben sind. Sie werden auch im österreichischen Rechte zu den Consequenzen der mora creditoris zählen<sup>3)</sup>, mag auch gegenüber der weiten Basis des Rechts der „gerichtlichen Hinterlegung“, wie schon bemerkt, ihre praktische Bedeutung nicht allzugross sein.

---

<sup>1)</sup> Dass auch nachfolgende subjective Unmöglichkeit die Verpflichtung aufhebe (vgl. oben S. 41 Nte. 4), gilt auch für das österreichische Recht. Entscheidend scheint dafür zu sein die Fassung des § 1447 a. b. G. B. gegenüber dem von der anfänglichen Unmöglichkeit handelnden § 878 a. b. G. B. Während an letzterer Stelle — als Voraussetzung der Ungiltigkeit des Vertrages — gefordert wird, dass die Leistung „geradezu unmöglich“ sei, spricht die erstere Bestimmung allgemein das Erlöschen der Obligation aus für den Fall, dass die Leistung „durch einen Zufall unmöglich wird“. Die Worte des § 878 cit. gehen auf die sog. „objective Unmöglichkeit“ (Hasenöhr l. c. S. 401, Nte. 3), die des § 1447 umfassen auch die subjective. Vgl. auch Zeiller IV, S. 182, woselbst darauf hingewiesen wird, dass selbst eine an sich zu beseitigende Schwierigkeit der Erfüllung die Obligation aufhebe, wenn „die Natur des Geschäfts“ zu der hiefür erforderlichen Anstrengung nicht verbindet; vgl. auch Nippel VI, S. 67 ff. Dass speciell der Verkauf der geschuldeten Sache durch den Schuldner „Unmöglichkeit“ der Leistung herbeiführt, bei welcher es sich dann nur fragt, ob er für deren Herbeiführung verantwortlich ist, zeigt § 430 a. b. G. B. — vgl. auch Pfaff, Gutacht. S. 34. Ist der Schuldner bezüglich des Verkaufs exculpirt, so erlischt also seine Verpflichtung gemäss § 1447 a. b. G. B. Dabei sei noch besonders hervorgehoben, dass eben dieser § auch den Rechtsgrund für die Verpflichtung des Schuldners zur Herausgabe des durch die Verkaufselbsthilfe erzielten Preises enthält, indem er dem Gläubiger eine *condictio sine causa* gewährt (Pavliček, Lehre v. d. Klag. aus unger. Bereicher. S. 26) — eine Bestätigung der oben S. 40 f. vertretenen Theorie für das österreichische Recht.

<sup>2)</sup> S unten S. 121 ff. Ueber die Reduction der Haftung des Schuldners auf *dolus* bei *mora creditoris*, s. vorläufig Unger S. 127. Swoboda, Ger. Ztg. 1864, Nr. 77.

<sup>3)</sup> Vgl. oben S. 33 u. S. 42. Bei Unger l. c. sind sie nicht angeführt.

### §. 10.

Ist mit vorstehenden Ausführungen das gegenseitige Verhältnis von Preisgebung, Selbstverkauf und Deposition der geschuldeten Sache zur Genüge gekennzeichnet, so ist es nunmehr an der Zeit, nach dem Verhältnis der drei Institute zu der *mora creditoris* zu fragen und dabei vor allem zuzusehen, ob der Platz, welchen Kohler dem Annahmeverzuge zuweist, der richtige ist.

Durch die Erfüllungssurrogate kann sich der Schuldner liberiren, und zwar in allen Fällen ausbleibender Mitwirkung des Gläubigers zur Erfüllung der Obligation.<sup>1)</sup> Nur die Lücke auszufüllen, welche zwischen dem Beginne des Verzuges und der Erfüllung oder dem Erfüllungssurrogate in vielen Fällen entsteht, ist das Institut der *mora accipiendi* bestimmt. Aus diesem Zwecke ergeben sich deren Wirkungen, einmal die Anticipation einer Reihe von Effecten der *solutio*, und sodann der Anspruch des Schuldners auf Ersatz des ihm durch die Verzögerung verursachten Aufwands — nach dem Principe der *negotiorum gestio*.

Um zunächst von letzterer zu sprechen, so bleibe die Frage hier noch offen<sup>2)</sup>, ob nicht ein anderer Rechtsgrund für den Ersatzanspruch des Schuldners zu finden ist. So viel dürfte schon hier klar sein, dass mit der Anwendung dieses Gesichtspunktes noch nicht alle Schwierigkeiten behoben sind. Wäre der erfüllungsbereite Schuldner in dem Augenblicke, da der Verzug des Gläubigers beginnt, schlechthin frei von jeder Verpflichtung, dann wäre diese Theorie allerdings vollkommen zutreffend; denn jede, sei es auch noch so geringfügige, Mühe, die der Schuldner im Interesse des Gläubigers noch auf den Gegenstand der Obligation verwendete, wäre dann eine Besorgung fremder Geschäfte. Allein dem ist nicht so. Im entwickelteren Rechtsleben — das anerkennen auch die Vertreter des Principes der *negotiorum gestio* im Gebiete der *mora creditoris*<sup>3)</sup> — hat der Schuldner doch noch immer wohl zu überlegen, dass er in der Fürsorge für die

<sup>1)</sup> Vgl. oben § 5.

<sup>2)</sup> S. darüber unten § 20.

<sup>3)</sup> Kohler S. 376.

nicht acceptirten Gegenstände nicht weiter nachlasse, als das in seinem eigenen Interesse durchaus nothwendig und durch das Verhalten des Gläubigers gerechtfertigt erscheint.<sup>1)</sup> So weit er nun innerhalb dieser Grenzen durch derartige Mühewaltung in Auslagen geräth, thut er das in Erfüllung seiner obligatorischen Pflicht, dem Gebote der „bona fides“ folgend, und wenn er deren Ersatz begehrt, so kann er sich dabei nicht auf die „freiwillige“ Besorgung fremder Geschäfte berufen.<sup>2)</sup> Erst dann, und nur in jenen Fällen wäre Platz für eine wahre negotiorum gestio, wenn der Schuldner zur Beobachtung der Sorgfalt, die ihn in Kosten gestürzt hat, nicht mehr verpflichtet erschien. Ob dem so war, kann aber offenbar nur nach denjenigen Grundsätzen entschieden werden, welche für die Restrangirung der Haftung des Schuldners in Folge des Verhaltens des Gläubigers massgebend sind. Mit anderen Worten: das Princip der negotiorum gestio führt uns wieder auf die Frage nach der Exculpation des Schuldners in Bezug auf die unterlassene Obsorge für das Leistungsobject zurück.

Was nun aber jene Wirkungen der mora creditoris betrifft, welche sich als anticipirte Effecte der Erfüllung darstellen sollen, so kann dieser Ausdruck füglich nichts erklären, sondern nur besagen, dass gewisse — aber nicht alle — Wirkungen, welche die Erfüllung und die Erfüllungssurrogate haben, schon an die mora geknüpft sind. Hinter diesem Ausdrucke steht aber bei Kohler der Gedanke, welcher sich durch seine ganze Abhandlung über den Annahmeverzug als höchst bedeutsames Motiv hindurchzieht: Da es nur Wirkungen des Erfüllungssurrogates sind, welche auf den Verzug des Gläubigers folgen, und zwar nur ein Theil der Effecte des ersteren, so können die Voraussetzungen derselben, welche wir eben mit dem Namen der mora zusammenfassen, ihrem Wesen nach nicht verschieden sein von jenen der Erfüllungssurrogate, vor allem aber können deren auf Seite des Gläubigers nicht mehr sein, als für die Anwendung der Erfüllungssurrogate. Und damit stehen wir vor

<sup>1)</sup> L. 1 § 3 D. de periculo 18, 6. Vgl. oben S. 47 f.

<sup>2)</sup> Vorläufig sei hier nur auf Windscheid II, § 430, Nte. 1 verwiesen. Mehr über diesen Punkt s. unten S. 130 ff.

der Cardinalfrage dieser Lehre. Das Erfüllungssurrogat steht dem Schuldner zu Gebote, wann immer und aus welchem Grunde immer die Mithilfe des Gläubigers zur wirklichen Leistung ausbleibt. Von besonderen subjectiven Voraussetzungen in der Person des Gläubigers ist keine Spur — und doch bewirkt das Surrogat die volle Liberirung des Verpflichteten. Hat nun die mora creditoris gerade diese letzte, einschneidendste Wirkung des Erfüllungssurrogates nicht, so kann auch sie — ein einfacher Schluss a majori ad minus — an besondere subjective Erfordernisse nicht gebunden sein.<sup>1)</sup>

So einnehmend diese Deduction scheint, der Schluss ist unrichtig; denn die Prämissen sind falsch — falsch deshalb, weil die tiefe Kluft übersehen ist, welche zwischen der „Preisgebung“ und dem „Selbstverkaufe“ einerseits und der gerichtlichen Hinterlegung andererseits im Laufe der Entwicklung sich aufgethan hat.<sup>2)</sup> Die begriffliche Untersuchung darf sich aber durch überwundene historische Phasen nicht irre machen lassen.

Die Preisgebung und die Verkaufselbsthilfe haben thatsächlich meist viel nachtheiligere Wirkung für den Gläubiger, als diejenigen es sind, welche unmittelbar an die mora des Gläubigers geknüpft werden. Fasst man also nur diese beiden Institute in's Auge, so kann man wirklich behaupten, die mora als das gelindere Auskunftsmittel könne in ihren Voraussetzungen nicht enger begrenzt sein als jene gewaltsameren Nothbehelfe. Allein Preisgebung und Selbstverkauf sind eben keine „Erfüllungssurrogate“. Ihre Zulassung und ihre Bedeutung beruht, wie sich gezeigt hat, lediglich darauf, dass der Schuldner, wenn er sich ihrer bedient, nicht verantwortlich wird. Und der Grund, warum er das nicht wird, liegt in dem Verhalten des Gläubigers, welches wir mora nennen.<sup>3)</sup> Haben wir nun auch die Frage noch offen gelassen, welches die Merkmale der „mora creditoris“

<sup>1)</sup> Kohler S. 414, 416: „ist die Befreiung zulässig, so kann auch die Erleichterung nicht unzulässig sein.“

<sup>2)</sup> Vom Handelsrechte sehe ich dabei natürlich ab. Vgl. oben S. 38 ff. überhaupt §§ 7—9.

<sup>3)</sup> Vgl. oben S. 33 und 42. L. 15 L. 1, § 3 D. de peric. cit. L. 8 D. de tritico cit. Bezüglich des österreichischen Rechtes s. oben S. 49 f. Vgl. auch H. G. B. Art. 343.

seien, so viel ist demnach gewiss: Wollte man von der Anwendbarkeit der Preisgebung und der Verkaufselbsthilfe auf die Voraussetzungen der mora des Gläubigers schliessen, so wäre das eine einfache *petitio principii*.

Anders verhält es sich mit der gerichtlichen Deposition. Sie ist im neueren Rechte ein wahres Erfüllungssurrogat, anwendbar ohne besondere subjective Voraussetzungen<sup>1)</sup> in der Person des Gläubigers. Sie führt nicht auf die *mora creditoris* zurück, und der eben besprochene Cirkel wäre nicht vorhanden, wenn man aus ihren Bedingungen die Merkmale des Annahmeverzugs construiren wollte. Allein, hier fehlt diesem Schlusse die praktische Rechtfertigung. Die Deposition in ihrer modernen Gestalt ist in ihren Consequenzen für den Gläubiger nicht härter als der blosse Verzug, oder doch nur in einem ganz formalen Sinn, auf den hier kein Gewicht gelegt werden darf. Allerdings, der Schuldner wird durch die gerichtliche Hinterlegung frei, während er trotz *mora creditoris* zur Leistung verpflichtet bleibt. Aber man frage den „Creditor“ nur einmal, ob er mehr Werth auf die rechtliche Gebundenheit des Schuldners legt oder auf die thatsächliche Sicherheit dessen, was ihm zu leisten ist! Er wird sich vergegenwärtigen, dass die gerichtliche Deposition ihm zwar die Klage gegen den Schuldner nimmt, dass aber das Object der Obligation in sicherem Gewahrsam blos seiner Empfangnahme harret, während der Schuldner, welcher die Sache nicht deponirt, sondern bei sich behält, bei *mora creditoris* nicht gar viel Sorgfalt auf deren Behütung zu verwenden braucht und verwenden wird, so dass er Gefahr läuft, gar nichts mehr zu bekommen. Kurz, der Gläubiger wird fast immer für die Deposition optiren. Aus alle dem geht hervor, dass der Schluss von dem „Erfüllungssurrogat“ auf die *mora creditoris* das Gegentheil eines Schlusses *a majori ad minus* und deshalb unerlaubt ist.<sup>2)</sup>

---

<sup>1)</sup> S. oben S. 39 und 45 f. Sie ist „*ex professo* nicht mehr *ad vocem* Verzug, sondern in der Lehre von der Zahlung“ zu behandeln: Unger, der *rev. Entwurf*, S. 43. S. dagegen Wächter, P. § 192, welcher die Deposition in die Lehre von dem Verzug des Gläubigers stellt.

<sup>2)</sup> S. auch Dernburg II S. 171 Nte. 11.



Damit stehe ich am Ziele dieser Präliminaruntersuchung über die Ausgangspunkte einer Theorie des Annahmeverzugs. Das Resultat derselben ist zunächst ein negatives, aber doch auch nicht ohne positive Bedeutung. Negativ ist das Ergebnis, insoferne sich gezeigt hat, dass die Betrachtung der Stellung der mora creditoris zu den drei Instituten, von welchen ausgegangen wurde, das Wesen der Ersteren nicht aufzudecken vermag. Die gerichtliche Deposition folgt abseits von der mora ihren eigenen Bahnen. Ein Schluss von der einen auf die andere ist daher nicht möglich. Wenn andererseits die mora mit der Preisgebung und dem Selbstverkaufe des Erfüllungsobjectes auf gemeinsamem Boden steht, so ist auch damit die Lösung des Problems noch nicht gegeben. Hat uns doch die Erkenntnis dieses Zusammenhanges wieder nur zu der offenen Frage geführt, durch welches Verhalten des Gläubigers der Schuldner von der Verpflichtung zu sorgfältiger Bewahrung des Erfüllungsobjectes entbunden, bezüglich gewisser Handlungen entschuldigt werde. Eben darin aber, meine ich, liegt der positive Gewinn für den Fortgang dieser Untersuchung. Ist es die mora creditoris, welche die Preisgebung und den Selbstverkauf durch den Schuldner rechtfertigt, so muss das Wesen der mora selbst in dieser „exculpierenden“ Wirkung liegen.<sup>1)</sup> Das Princip, welches für die „Exculpation“ gilt, muss das Grundprincip der mora creditoris sein. Damit also ist zwar nicht die Lösung der Frage nach dem Wesen der mora, aber doch wohl die Richtung sichergestellt, in der sich die Forschung zu bewegen hat. Es wird daher im Folgenden zunächst die Aufgabe sein, der principiellen Frage, in wie weit das Verhalten des Gläubigers überhaupt die Verantwortlichkeit des Schuldners aufzuheben vermag, näher zu treten, um sodann die Anwendung des gewonnenen Grundsatzes auf die mora creditoris und ihre einzelnen Voraussetzungen und Wirkungen zu machen.<sup>2)</sup>

---

<sup>1)</sup> Dass auch die Construction des Ersatzanspruchs des Schuldners gegen den säumigen Gläubiger auf dies Moment hinführt, ist oben S. 51 f. angedeutet.

<sup>2)</sup> S. unten Cap. V.

---

### III. Capitel.

## Mora creditoris: B. Grundsätze.

### § 11.

Die Frage, welche ich aus den Ergebnissen des letzten Capitels abstrahire, ist also die:

Der Schuldner haftet auf Grund der obligatio für eine bestimmte Leistung und für die Aufwendung einer bestimmten Diligenz in Bezug auf diese Leistung.<sup>1)</sup> Geräth der Gläubiger mit der Annahme der Leistung in Verzug, so hört der Schuldner deshalb nicht auf, zur Erfüllung der Obligation verbunden zu sein;<sup>2)</sup> wohl aber soll er von dieser Zeit an zu geringerer Dili-

---

<sup>1)</sup> Er ist nicht nur verpflichtet zur solutio, sondern er haftet auch „si effecerit quominus solvere possit“: L. 91 § 3 D. de V. O. 45, 1; vgl. Bethmann-Hollweg, Anhang IV zu Hasse, Culpa (2. Aufl.) S. 554 f. — Handelt es sich um eine Sachleistung, so äussert sich diese Diligenz insbesondere in der auf den Gegenstand der Leistung zu verwendenden Sorgfalt, der „custodia“ (vgl. auch Pernice, Labeo II, S. 346). Für unsere Frage nebensächlich ist es dabei, ob man sich in der Obligation neben dem Anspruch auf die Leistung einen eigenen Anspruch auf diese custodia denken will (so Schey in Grünhut's Ztschr. IX, S. 392 ff.), oder ob man mit Hartmann, Oblig. S. 165, 224, 272, das als eine Frage der Intensität der obligatorischen Haftung, oder endlich der „Prästation“ (Brinz II, S. 253 ff. und besonders S. 261 ff.) hinstellt.

<sup>2)</sup> Dass — trotz des scheinbar allgemeinen Satzes der L. 39 D. de R. J. — dem nicht so ist, s. oben S. 34 Nte. 3. Nur bei Obligationen, welche blos entweder in einem bestimmten Momente, oder gar nicht erfüllt werden können, trifft es zu: wird jener Augenblick versäumt, so ist die Erfüllung unmöglich, und, da vorausgesetzter Massen diese Verzögerung vom Gläubiger, nicht vom

genz gehalten sein. Gewisse Handlungen und Unterlassungen, welche sonst obligationswidrig wären, werden ihm nun nicht zur Schuld angerechnet; die Nachtheile, welche ihn als Folgen seines Gebahrens sonst treffen würden, fallen nicht auf ihn; hat sein Vorgehen schädliche Wirkungen für den Gläubiger gehabt, so bleibt dieser Schaden unersetzt<sup>1)</sup> —: kurz, wenn es gestattet ist, einen schon mehrfach in diesen Zeilen gebrauchten Ausdruck als feste Terminologie beizubehalten, der Schuldner wird durch die mora des Gläubigers nicht „liberirt“, sondern „exculpirt.“ In welchem Masse, wird die folgende Darstellung lehren.<sup>2)</sup> Vor allem aber fragt es sich, besteht die mora creditoris, welche diese „exculpierende“ Kraft hat, in der nackten Thatsache, dass ein auf Seite des Gläubigers liegendes Hindernis die Ursache der Nichterfüllung der obligatio bildet, oder liegt ihr Wesen darin, dass der Gläubiger eine Schuld trägt an dieser Verzögerung?<sup>3)</sup> Wird die Haftung des Schuldners restringirt, so oft, sei es auch durch Zufall, der Gläubiger seine Hand nicht bietet zur solutio, oder exculpirt den Schuldner nur die culpa des Gläubigers? In dieser Gestalt begegnet uns hier die alte, streitige

---

Schuldner, verursacht ist, so erlischt die Obligation. Auf derartige Obligationen ist denn auch der Begriff der mora überhaupt nicht anwendbar, s. Mommsen S. 138 f.

<sup>1)</sup> Der Anspruch des Gläubigers auf „custodia“ (vgl. oben S. 56, Nte. 1) fällt weg — die Intensität der Haftung (um mit Hartmann zu sprechen) wird geringer.

<sup>2)</sup> Der hier gewählte Ausdruck dürfte correcter sein als der Mommsen's (z. B. S. 286), welcher von einer Aufhebung des „vollkommenen obligatorischen Bandes“, oder des „eigentlichen obligatorischen Verhältnisses“ spricht.

<sup>3)</sup> Die Antithese von „Ursache“ und „Schuld“ wird wohl nicht missverstanden werden, auch wenn ich hier nicht näher auf dieselbe eingehe. Die „Ursache“ mag hier in dem „im Leben gewöhnlichen“, wengleich nicht streng wissenschaftlichen Sinne verstanden sein, als „diejenige Bedingung, deren Antheil an dem Gegenstande oberflächlich am ersichtlichsten ist“ (Mill, Logik, deutsch von Schiel I, S. 411 cf., S. 413 f.). In diesem Sinne kann die Ursache gewiss der „Schuld“ entgegengesetzt werden, während beide allerdings ineinander fließen, sobald man mit Bar, Causalzusammenhang S. 11, und Grünhut's Ztschr. IV, S. 37 f. das Moment der „Regelwidrigkeit“ schon in den Begriff der Ursache aufnimmt. S. dagegen Binding, Norm. I, S. 39 ff. und die interessanten Ausführungen von Berger in Grünhut's Ztschr. IX, S. 736 ff., auch Pernice, Labeo II, S. 2.

Frage<sup>1)</sup>: gehört zu den Voraussetzungen der mora creditoris ein Verschulden des Gläubigers in Betreff der Verzögerung der Erfüllung?

Die Frage der „Exculpirung“ taucht auch in einer Reihe von anderen Rechtsverhältnissen auf. Auf diese sei hier in aller Kürze aufmerksam gemacht — das aber nicht blos, um durch den Hinweis auf einzelne Analogieen gleichsam Stimmung zu machen für die Lösung der concreten Aufgabe des Rechts der mora, sondern um zu zeigen, dass unsere Frage nur eine Abzweigung einer Frage von allgemeiner Tragweite darstellt, auf welche die Antwort denn auch nur mit einem Principe von allgemeiner Bedeutung gegeben werden kann. Bei dem Umstande aber, dass eine directe Antwort auf die aufgeworfene Frage mit Bezug auf die mora creditoris in den Quellen fehlt, ja auch aus deren Einzelentscheidungen nicht mit voller Sicherheit abgeleitet werden kann<sup>2)</sup>, muss die Klarheit über einen derartigen höheren Zusammenhang geradezu die Stärke unserer Untersuchung bilden.

Dieser Zusammenhang ergibt sich sofort, wenn erwogen wird, worin die Bedeutung der oft erwähnten „Exculpirung“ beruht. Auf Grund der obligatio haftet<sup>3)</sup> der Schuldner für Verzögerung der Erfüllung, wie für Unterlassung der pflichtgemässen Sorgfalt, oder, wenn man will, er hat einzustehen für die eine und die andere Art der Verletzung des Rechtes des Gläubigers. Nun soll er frei sein von jeder Haftung, wenn die Schädigung dieses Letzteren auf dessen eigenes Benehmen zurückzuführen ist: welcher Art wird dies Benehmen sein müssen, welches wir vorläufig schon mit dem Namen mora creditoris belegt haben? Was sonst ist dies, als eine specielle Gestaltung der Frage, welche in Bezug auf die Zurechnung überhaupt zwischen Berechtigtem

---

<sup>1)</sup> Vgl. oben S. 18 f.

<sup>2)</sup> S. Mommsen S. 163, Kohler S. 412, Windscheid § 345, Nte. 8, gegenüber älteren, z. B. Madai S. 228, Wolff S. 405 f. Vgl. auch unten § 13.

<sup>3)</sup> Damit ist hier Haftung im weitesten Sinne gemeint, also nicht blos die Verpflichtung für Schadenersatz, sondern auch alle anderen „Nachtheile“, welche den Schuldner bei nicht gehöriger Erfüllung der Obligation treffen (s. die Zusammenstellung bei Kohler S. 380 ff.), kurz alles das, was Brinz II, S. 9 ff. als „Satisfaction“ bezeichnet.

und Verpflichtetem,<sup>1)</sup> ja auch ausserhalb bestehender Ansprüche zwischen Beschädigtem und Schädiger schwebt, die Frage: Welches Verhalten des Beschädigten hebt die Verantwortlichkeit des Beschädigers auf? Hat diese Verantwortung ihre Grenze, wo überhaupt das Thun oder Lassen des Ersteren mit Ursache der erlittenen Verletzung ist, oder findet sie ihre Schranke nur in dem Verschulden des vom Schaden Betroffenen? Diese „Cardinalfrage des gesammten Rechts“ ist es somit, deren Beantwortung die Lehre von der *mora creditoris* fordert. Besteht nun auch so manche Schwierigkeit und so manche Controverse in dieser Beziehung, die Punkte, auf welche es für die Zwecke dieser Untersuchung ankommt, dürften doch genügend aufgeklärt, und deren Verwerthung an dieser Stelle daher ohne allzu grosse Digressionen möglich sein.<sup>2)</sup> Immerhin muss ich zunächst in aller Kürze die besonderen Richtungen aufzuzeigen versuchen, in welchen im Rechtssystem jenes Problem zum Vorschein kommt. Damit wird auch der Punkt hervortreten, an welchem speciell die exculpierende Wirkung der *mora* des Gläubigers in den, bisher nur ganz allgemeinangedeuteten, Zusammenhang der Frage eingreift.

Wenn ich davon ausgehe, dass im allgemeinen, wer einem Anderen schuldbarer Weise Schaden zufügt, dafür haftet<sup>3)</sup>, so sind es, wenn der Ausdruck erlaubt ist, drei juristische Figuren, in welchen die Grenze dieser Verantwortlichkeit zu bestimmen ist.

1. A begeht eine Handlung, welche sich gegenüber B als *dolus* oder *culpa qualificirt*. Er haftet für den Schaden des B. Ob dieser Schaden die unmittelbare Wirkung jener schuldbaren

---

<sup>1)</sup> Bar, Grünhut's Ztschr. IV, S. 35. Von der „*imputatio*“ mit Bezug auf die *mora* spricht auch L. 17 § 3 D. h. t. 22, 1.

<sup>2)</sup> Dass und in wie weit das österreichische Recht in dieser Frage auf denselben Grundsätzen basirt, wie das römische, wird schon hier gelegentlich berührt und im folgenden § näher ausgeführt werden.

<sup>3)</sup> Dass vermöge der eigenthümlichen Beschränkung der *actio legis Aquiliae* dieser Satz, soweit es sich um *aussercontractliche* Verletzungen durch *culpa* handelt, sowie auch für gewisse *Contracte*, in welchen *blos für dolus* gehaftet wird, nicht zutrifft, kann hier „vernachlässigt“ werden, da ich nicht eine erschöpfende Darstellung der Frage, sondern nur einen Einblick in das für ihre Beantwortung geltende Princip bezwecke. Für das österreichische Recht gilt übrigens der Satz ohne jene Schranke: § 1295 a. b. G. B.

Handlung ist, oder ob er die Folge einer Reihe an dieselbe sich anschliessender Thatsachen ist, thut nichts zur Sache. Auch die für B schädlichen Ereignisse, welche durch eine besondere Verkettung von Umständen an die Handlung des A sich anschliessen, sind Folgen dieser letzteren, für welche A die Verantwortung zu übernehmen hat. In diesem Sinne mag man wohl auch sagen, er hafte für die „zufälligen“ Folgen seiner „Schuld“ — nicht aber für den „Zufall“.<sup>1)</sup> Darüber besteht kaum mehr ein Zweifel.<sup>2)</sup>

So nun auch, wenn es besondere in der Person des B begründete Umstände sind, die mitgewirkt haben, um den traurigen Erfolg der Handlung des A herbeizuführen. Mag der Schade eingetreten, oder so gross geworden sein, etwa, weil der von A verwundete B besonders schwächlich war, oder weil B eine bestimmte Cur gebrauchte, oder sich an einen bestimmten Ort begab — A haftet nichts desto weniger.<sup>3)</sup> Nur über eine Schranke kann diese Haftung niemals hinausgehen. War es eine Nachlässigkeit, oder gar böse Absicht des B, zu nennen, wenn er gerade jene Heilmethode wählte, oder nach seiner Verletzung sich gerade der Ungunst eines bestimmten Klimas aussetzte, dann ist A frei.<sup>4)</sup> Wo das Verschulden des Beschädigten beginnt, da hört die

<sup>1)</sup> So Cohnfeldt, *Lehr v. Interesse* S. 146. So statuirt auch das a. b. G. B. (Ueberschrift zu § 1311) eine Haftung für „Zufall“ — vgl. unten S. 86 ff. — während dasselbe in § 979 ganz correct von der Haftung für einen „zufälligen Schaden“ spricht, der durch Verschulden „veranlasst ist“ (ebenso § 965 a. b. G. B.); vgl. Pfaff, *Gutacht.* S. 82. Cf. L. 5 § 7 D. commod. 13, 6.

<sup>2)</sup> S. nur Mommsen, *Beitr.* II, S. 142 ff. Vgl., was das österreichische Recht betrifft, Unger, *Haimerl's Vtljhrschr.* XIV, S. 115 f., Nte. 7; *Zug-schwerdt* l. c. S. 45 f. Auf einem anderen Standpunkt steht der Code. civ. Art. 1150 und 1151: Haftung blos für den Schaden, „qu'on a pu prévoir lors du contrat“, nach dem Vorgange von Pothier l. c. No. 160, 161. Vgl. *Molitor* l. c. No. 306; *Demolombe* l. c. I, No. 577 sqq., 604; s. dagegen die weitgehende Auslegung des Art. 1382 bei *Demolombe* l. c. V, No. 140.

<sup>3)</sup> S. beispielsweise L. 7 § 5 D. ad leg. Aquil. 9, 2; L. 13 pr. D. de A. E. V. 19; 1; L. 1 § 4 D. de O. et A. 44, 7; Mommsen l. c. S. 162 ff.; Cohnfeldt l. c. S. 145 f.; Bar, *Causalzus.* S. 128 f.; Windscheid II, § 258; *Hasenöhr* l. c. S. 255 f. Abweichend Unger l. c.

<sup>4)</sup> Vgl. Mommsen l. c. S. 157 ff.; *Demolombe* l. c. I, No. 602 Unger l. c. S. 112 und *System* II, § 100 Z. 1. A. M. *Hasenöhr* l. c. S. 261. Auf die Frage, in wie weit auch (nur) dazwischentretendes Verschulden eines Dritten die Zurechnung ausschliesse, ist hier einzugehen kein Anlass. Vgl.

Haftung des Beschädigers auf. Es wäre überflüssig, hier die zahlreichen Belege für diesen Satz zu sammeln. Statt dessen sei lediglich an folgende Quellenstellen erinnert, welche für die vertragsmässige Haftung<sup>1)</sup> dies Princip deutlich aussprechen: L. 23 § 8 D. de aed. ed. 21, 1 — „hoc detrimentum sua culpa emptorem passurum“; L. 29 § 1 D. de evicts. 21, 2 — „promissor duplae tutus erit . . . sed ita, si culpa vel sponte duplae stipulatoris possessio amissa fuerit“; cf. L. 56 § 1 § 3 D. eod.

Es kann hier dahingestellt bleiben, ob diese Norm auf dem Gedanken beruht, dass die dazwischentretende Schuld des Verletzten den Causalzusammenhang zwischen der Handlung des Gegners und dem Schaden aufhebe<sup>2)</sup>, oder auf der Idee der Culpacompensation.<sup>3)</sup> Der Grundsatz selbst steht fest. Desgleichen aber auch die Schranké, bis zu welcher diese Wirkung der eigenen culpa des Beschädigten reicht. War die Handlung des A eine dolose, so kommt jeder Erfolg auf seine Rechnung, die Schuld des B kann ihn von der Haftung nicht befreien.<sup>4)</sup> Es ist das nur eine Anwendung der oft wiederholten *Maxime*<sup>5)</sup> des römischen Rechts, dass für *dolus*<sup>6)</sup> unter allen Umständen gehaftet werden müsse.

darüber besonders Bar, Grünhut's Ztschr. IV, S. 44 ff.; Cohnfeldt l. c. S. 143; andererseits Mommsen l. c. II. S. 161 f.

<sup>1)</sup> In Bezug auf Delicte vgl. z. B. L. 30 § 4 D. ad leg. Aq. 9, 2; L. 52 pr. eod.

<sup>2)</sup> Mommsen l. c. II, S. 164; Bar, Causalzus. S. 27 ff. und Grünhut's Ztschr. IV, S. 45 f.; Wharton, Law of negligence §§ 130, 300 sqq.; Pernice, Sachbeschädig. S. 58 ff. und Labeo II, S. 39.

<sup>3)</sup> Demelius, Jhrb. f. d. Dogmat. V, S. 62 ff. Das stärkste Argument für die Anwendung der Kategorie der Culpacompensation dürfte wohl das sein, dass diejenigen, welche von Unterbrechung des Causalnexus ausgehen, im Falle doloser Beschädigung einen anders gearteten Zusammenhang supponiren, oder gar Haftung ohne Causalnexus annehmen müssen. — Auf der Basis der „Compensation“ ist aber auch leicht zu verstehen, dass der Grad des Verschuldens des Verletzten mit in die Wagschale fällt; dazu vgl. unten S. 122 ff.

<sup>4)</sup> Cf. L. 31 D. ad leg. Aquil. 9, 2. Vgl. Pernice, Sachbeschäd. S. 62. Von seinem Standpunkte nicht inconsequent (vgl. die vorige Note) leugnet Cohnfeldt S. 149 f. diese Einschränkung.

<sup>5)</sup> L. 23 D. de R. J.; L. 1 § 7 D. depos. 16, 3; L. 17 pr. D. commod. 13, 6.

<sup>6)</sup> Auf die bestrittene Frage, ob auch aussercontractlich die culpa lata dem dolus gleichstehe (vgl. für die Bejahung Mommsen S. 354 f.; Wharton

Das Resultat ist also: Die blosse Thatsache, dass das Verhalten des Beschädigten die letzte Ursache seines Schadens ist, ändert nichts an der Haftung des Schädigers; nur eigene Schuld des Ersteren vermag den Letzteren zu exculpieren — das aber nie so weit, dass er aufhören würde, für dolus einzustehen.

2. Ganz ebenso wird der Fall behandelt, wenn B den ersten Anstoss zu seiner Beschädigung gab, und die unmittelbar verletzende Handlung des A nachfolgte.<sup>1)</sup> Die nachfolgende Schuld schliesst die Zurechnung der vorangegangenen aus, wenn letztere sich nicht etwa als dolus darstellt. Die Anwendung obiger Grundsätze führt daher hier zu dem Schlusse: Mag jene erste Handlung des B eine rechtlich indifferente, oder mag sie eine schuld-bare gewesen sein, wenn durch sie nur nicht mit Wissen und Willen gleichsam der Grund gelegt werden wollte für das Vorgehen des A — für sein nachfolgendes Verschulden hat A immer zu haften. Hieher zählen Fälle, wie sie etwa Paulus S. R. I; 15 § 3 erwähnt oder L. 11 pr. D. ad leg. Aquil., 9, 2.<sup>2)</sup>

---

l. c. § 131. Für die Verneinung wohl mit besseren Gründen Demelius l. c. S. 72 ff.; Ihering, Jrhb. IV, S. 12; Wächter, Württ. Pr. R. II, § 112, Nte. 12; Unger. Syst. II, S. 242; Bar, Grünhut's Ztschr. IV, S. 66; Pernice, Labeo II, S. 427) brauche ich mit Rücksicht auf das Ziel dieser Untersuchung (vgl. namentlich unten S. 67 Nte. 3) nicht näher einzugehen.

<sup>1)</sup> Desgleichen bei gleichzeitiger Nachlässigkeit beider Theile. Eine solche ist möglich. Dass aber eine beiden Theilen zu imputirende Schädigung vorliegen könne, muss vom Standpunkte des römischen Rechts geleugnet werden. Daher auch gleichzeitige mora des Schuldners und des Gläubigers nicht vorkommen kann; vgl. nur Mommsen S. 340 ff.; Unger S. 134, Nte. 16; Puchta, Vorles. II, S. 108 f. — Für das österreichische Recht lässt sich im Hinblick auf das Princip des § 1304 a. b. G. B. die entgegengesetzte Ansicht allerdings nicht wohl abweisen; vgl. Winiwarter IV, S. 570 f.; Zeiller III, S. 771.

<sup>2)</sup> Cf. L. 9 § 4 eod.; L. 2 § 1 D. si quadrup. 9, 1; L. 23 D. commod. 13, 6: „... si nulla culpa tua interveniente in ipso itinere deterior equus factus sit, non teneris commodati: nam ego in culpa ero, qui in tam longum iter commodavi . . .“ Vgl. auch Pernice, Labeo II, S. 37. — Vgl. §§ 1308, 1320 a. b. G. B., auch § 1299 a. b. G. B. (dazu Zeiller III, S. 726 Nr. 1). Hieher gehört auch die Regel „volenti non fit injuria“, soweit dieselbe civilrechtliche Bedeutung hat. Vgl. Demelius l. c. S. 66 ff.; s. dagegen Pernice l. c. S. 26 ff. Anwendungen des Satzes hieten §§ 248, 866, 929 a. b. G. B. s. Pfaff, Gutacht. S. 36.



3. Hiemit sind aber die einschlägigen Verhältnisse nicht erschöpft. Auf demselben Boden steht eine Gruppe für die vorliegende Frage fast noch interessanterer, wenn auch vielleicht weniger häufig in Betracht kommender, Fälle. Ein Verschulden, eine Negligenz des B bildet den ersten Anlass zu dessen Beschädigung — insoferne steht diese Gruppe auf einer Linie mit der unter 2 besprochenen. Auf dieses Verhalten des B, und durch dasselbe veranlasst, folgt das Vorgehen des A, aus welchem unmittelbar der Nachtheil des B entspringt — allein in Folge jener vorausgegangenen culpa des B erscheint dies Gebahren des A überhaupt nicht mehr als Pflichtverletzung, ist von einem Verschulden des A nicht mehr die Rede. Zum Unterschiede von beiden bisher in die Erörterung gezogenen Fällen, handelt es sich demnach hier nicht darum, ob dem A die Folgen seiner schuldbaren Handlung bei concurrirendem Verschulden des B zuzurechnen sind, sondern ob ein Verschulden des A überhaupt vorliegt.<sup>1)</sup> Nicht die Wirkung der culpa, sondern deren Vorhandensein steht hier zur Untersuchung. Auch diese Frage ist den römischen Juristen nicht entgangen, wenngleich sie nicht ganz so oft Gelegenheit gefunden haben, zu derselben Stellung zu nehmen.

a) Den hierher gehörigen Musterfall aus dem Gebiete der Delictsobligationen enthält die L. 52 § 1 D. ad leg. Aquil. 9, 2:<sup>2)</sup> „ . . . nisi data opera effodisset oculus, non videri damnum injuria fecisse, culpam enim penes eum, qui prior flagello percussit, residere . . . .“

Wer, durch rechtswidrigen Angriff genöthigt, zur Gegenwehr greift, und dabei auch nicht mit der äussersten Vorsicht

---

<sup>1)</sup> Auf den Unterschied zwischen diesen und den im Texte sub 1. und 2. behandelten Fälle, welche wohl insgesamt unter den Gesichtspunkt der Culpacompensation gebracht zu werden pflegen, hat sehr gut hingewiesen Bekker, Aktion. I, S. 172, Nte. 14. S. auch Pernice, Labeo II, S. 37: die eigene culpa des Beschädigten schliesst die Haftung des Schädigers aus, „sowohl wenn der Causalzusammenhang trotz Verschulden des Schädigers, als wenn die Schuld fehlt“.

<sup>2)</sup> Vgl. zu dieser Stelle Pernice, Sachbeschäd. S. 63; Demelius l. c. S. 61; Hasse, Culpa S. 49 f.

zu Werke geht, begeht keine „injuria“. Nicht er ist in Schuld, sondern die Schuld „bleibt sitzen“ auf demjenigen, der ihr zuerst verfallen war.<sup>1)</sup> Mag der Entscheidungsgrund des Juristen in dieser Stelle die Nothwehr<sup>2)</sup> sein oder nicht, so viel ist gewiss, dass hier, gerade wie im Falle der Nothwehr,<sup>3)</sup> eine an sich unerlaubte Handlung wegen des voraufgegangenen Verschuldens des verletzten Theiles als erlaubt, als bar jeder Schuld erklärt wird. „Jure fecit“ — sagt Florentinus in L. 3 D. de J. et J. 1, 1. Zugleich wahrt aber auch der Ausspruch der L. 52 § 1 cit. deutlich die Maxime, dass dolus durch keine Schuld des Verletzten gerechtfertigt erscheinen könne.<sup>4)</sup>

b) Im Bereiche der contractlichen Verpflichtungen ist es namentlich eine, allerdings nicht unbestrittene, Stelle, auf welche ich hier verweisen muss: L. 10 pr. D. de compens. 16, 2. Sie lautet:

„Si ambo socii parem negligentiam societati adhibuimus, dicendum est desinere nos invicem esse obligatos ipso jure compensatione negligentiae facta.“ (Ulpian.)

Die Ausdrucksweise dieses Fragments lässt doch wohl nicht verkennen, dass hier nicht eine Wettschlagung der aus der beiderseitigen Nachlässigkeit der zwei Gesellschafter entstandenen gegenseitigen Ersatzforderungen gemeint ist, sondern eine Aufhebung des einen Verschuldens durch das andere,<sup>5)</sup> eine wahre

<sup>1)</sup> Hasse l. c. S. 50 stellt darauf ab, wer „die moralische Ursache gewesen“!

<sup>2)</sup> So Demelius l. c. S. 61; Bar, Causalzus. S. 124 Nte. 16. Dagegen besonders Pernice, Labeo II, S. 37, Nte. 18.

<sup>3)</sup> „Moderatio inculpatae tutelae“: L. 1 C. unde vi 8, 4; „non videbitur injuria occidisse“: L. 5 pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2; „vim vi repellere licet“: L. 1 § 27 D. de vi 43, 16; cf. L. 4 pr. L. 45 § 4 D. ad leg. Aquil. 9, 2. Vgl. auch § 344 a. b. G. B.: „Das Recht ... Gewalt mit angemessener Gewalt abzutreiben.“

<sup>4)</sup> Cf. L. 45 § 4 D. ad leg. Aquil. 9, 2.

<sup>5)</sup> So, wengleich mit einer Einschränkung, Glück XV, S. 69; Krug, Compens. § 55; Heimbach, Rechtslex. II, S. 745; Dernburg, Compens. S. 334 f.; Pernice, Labeo II, S. 33 f. Dagegen namentlich Demelius l. c. S. 53 ff.; Lenel, Except. S. 147, Nte. 1. Eisele, Compens. S. 173 f. (ebenso Schey in Grünhut's Ztschr. VI, S. 758) befasst sich nur mit dem „ipso jure“ in der L. 10 cit.

Compensation der culpa.<sup>1)</sup> Ulpian's Gedanke gehört dann unmittelbar hieher. Ist mein Socius nachlässig in Gesellschaftsangelegenheiten, so kann man mir keinen Vorwurf machen, wenn auch ich nicht mit grösserer Sorgfalt mich den Geschäften widme. Was sonst meinerseits culpa wäre, hört auf es zu sein wegen der culpa meines Gegners. Die „culpa“ des einen „exculpirt“ den anderen. Natürlich kann mir mein Socius denselben Einwand entgegenhalten, daher die „Compensation“. Im Uebrigen hat auch diese Exculpation ihre Grenze. Die Compensation hat „par negligentia“ zur Voraussetzung. Culpa des einen Theils entschuldigt nicht dolus des anderen, und geringe Versehen des einen rechtfertigen nicht grobe Fahrlässigkeit des anderen.<sup>2)</sup>

Ueberblickt man all' diese Rechtsverhältnisse, so darf man nun wohl sagen: So verschieden auch die Umstände waren, unter welchen die Frage nach der „Exculpation“ des Schädigers durch das Benehmen des Beschädigten aufgeworfen wurde, überall fand die Verantwortlichkeit des einen ihre Schranke in dem Verschulden, nie in der blossen Mitwirkung des anderen.

Vielleicht darf man auch einen quellenmässigen Ausdruck dieses Gedankens finden in der bekannten Parömie der L. 203 D. de R. J.: „Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire.“ Mag auch Pomponius an dieser Stelle zunächst Fälle im Auge gehabt haben, wie sie oben unter 1 besprochen worden, Fälle also, wo es sich um die Zurechnung des Erfolges einer culposen Handlung fragte,<sup>3)</sup> ihrem Wortlaute

---

<sup>1)</sup> Vgl. Bar, Causalzus. S. 27 ff., S. 131. — Analog sind auch die Fälle der Aufhebung des gegenseitigen dolus (nicht der entstandenen Ersatzansprüche) in L. 57 § 3 D. de C. E. 18, 1; L. 3 § 3 D. de eo per quem 2, 10; L. 36 D. de dolo 4, 3: „si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent“ — ferner die Compensation der „mores“ in L. 39, L. 47 D. sol. matr. 24, 3. S. noch L. 154 D. de R. J.; L. 3 de cond. ob turp. c. 12, 5.

<sup>2)</sup> Vgl. die Bemerkung oben S. 61, Nte. 3.

<sup>3)</sup> S. Vangerow III, S. 42. Mommsen l. c. II, S. 157 f., 257 ff. Demelius l. c. S. 62 f. Pernice, Labeo II, S. 36. Mit der Bemerkung Cohnfeldt's l. c. S. 148 (dem sich aber auch Hasenöhr l. c. S. 261, Nte. 70 anschliesst), dass diese Stelle „eine Begriffsbestimmung des Schadens im juristischen Sinne“ enthalte, ist offenbar noch nicht gesagt, dass dieselbe „auf unsere Frage keine unmittelbare Beziehung“ habe. — Vgl. auch unten S. 68 ff.

v. Schey, Mora creditoris.

nach kann die Regel auch auf die letztbesprochene Kategorie, d. i. auf die Ausschliessung der Schuld bezogen werden.

So viel aber ist mit dieser Ausführung sicher dargethan, dass, um mich so auszudrücken, überall demjenigen die Beweislast obliegt, welcher in irgend einem concreten Falle die Frage der „Exculpation“ nach einem abweichenden Grundsatz<sup>1)</sup> beantwortet wissen will.

## § 12.

Die Bemerkung, mit welcher der vorige Paragraph abschloss, gilt auch mit Bezug auf die *mora creditoris*, zu welcher ich nun zurückkehre. So lange nicht specielle Gründe zwingen, von dem gewonnenen Principe abzugehen — bis auf Gegenbeweis also — muss auch hier derjenige Grundsatz herrschen, welcher für die Aufhebung der Verantwortlichkeit des Schädigers gegenüber dem Beschädigten im allgemeinen gegolten<sup>2)</sup> hat: Nur durch culpose Verzögerung der Obligationserfüllung seitens des Gläubigers wird der Schuldner exculpiert.

---

<sup>1)</sup> Man wird mir kaum den Einwand entgegensetzen, dass es denn doch Fälle gebe, in welchen sonst unerlaubte Beschädigung eines Anderen wegen besonderer Verhältnisse entschuldigt werde, die, rein thatsächlicher Natur, nicht auf ein Verschulden des Beschädigten zurückgehen: Fälle des sogenannten Nothstandes. In der That, wie die Nothwehr erlaubt ist bei Schuld des Verletzten, so schliesst der Nothstand die Verantwortlichkeit aus, trotz Schuldlosigkeit des Beschädigten. Die Verwerthung dieser Fälle zur Ableitung eines allgemeinen Princips erscheint mir aber durchaus unzulässig. Die römische Jurisprudenz hat die Berufung auf „Nothstand“ überhaupt nur zögernd (vgl. schon Glück X, S. 328 ff.; Pernice, *Labeo* II, S. 16 ff.) und stets nur in wenigen Fällen ganz ausserordentlicher Natur zugelassen, bei „*tempestas*“ (L. 16 § 8 D. de public. 39, 4; L. 29 § 3 D. ad leg. Aquil. 9, 2) oder „*incendium*“ (L. 49 § 1 D. ad leg. Aquil. 9, 2; L. 7 § 4 D. quod vi aut cl. 43, 24), kurz bei „*vis major*“ (vgl. Pernice l. c. S. 19). An eine Ausdehnung dieses Gedankens über diese einzelnen, von den Quellen statuirten Fälle kann die heutige Rechtswissenschaft um so weniger denken, als sie mit gutem Grunde der exculpierenden Wirkung des Nothstandes in Bezug auf die civilrechtliche Haftung durchaus abgeneigt ist (vgl. Pernice l. c. Nte. 13; und schon für das classische Recht Lehmann, *Jhrb. f. d. Dogm.* XIII, S. 219 ff.).

<sup>2)</sup> Dass und warum ich Anstand nehme, die *mora creditoris* als eine Art „Nothstand“ des Schuldners zu behandeln, ergibt sich aus der vorigen Note.

Zur Rechtfertigung dieser Behauptung kann ich mich nunmehr nicht bloß auf jenen, schon früher angedeuteten, allgemeinen Zusammenhang der Frage mit dem Wesen der „Exculpation“ berufen, sondern auch unmittelbar die Stelle angeben, an welcher sich die *mora creditoris* in die Reihe der unter diesem Gesichtspunkte betrachteten Fälle einfügt. Handelt es sich im Gebiete der *mora* darum, welches Verhalten des Gläubigers den Schuldner von weiterer Diligenz entbindet,<sup>1)</sup> und bis zu welchem Grade, so ist dies genau dasselbe Problem, mit welchem sich für das Rechtsverhältnis zweier *socii* die oben besprochene *L. 10 pr. D. de compens. 16, 2* befasst. Nicht darauf kommt es an, ob aller Nachtheil sich als Erfolg des Verzuges des Gläubigers darstellt, sondern ob der Verzug des Gläubigers nachfolgende Negligenz des Schuldners rechtfertigt. Und hier wie dort wird die Antwort auf diese Frage lauten müssen: Wenn das Vorgehen des Gläubigers ein Verschulden involvirt, dann ist der Schuldner nicht verantwortlich „*si parem negligentiam adhibuerit*“, und deshalb treffen alle Folgen seiner eigenen Schuld den säumigen Gläubiger<sup>2)</sup> — wenn nicht *dolus* oder *culpa lata* des Schuldners inmitten liegt.<sup>3)</sup>

Ehe ich nun an den Nachweis gehe, dass die hier auf dem Wege der Deduction aus allgemeinen Rechtsprincipien gewonnenen Sätze ihre Bestätigung — oder doch keine Widerlegung — in den Aussprüchen der Quellen über die *mora creditoris* finden, obliegt es mir noch darauf hinzuweisen, dass jene Principien auch für das österreichische Recht ihre Geltung behaupten.

Es würde zu weit führen, wollte ich zu zeigen versuchen, wie die Resultate der feinen Entscheidungen der classischen

---

<sup>1)</sup> S. oben S. 58.

<sup>2)</sup> *Mutatis mutandis* heisst es also auch hier: „*culpam penes eum, qui prior percussit, residere*“: *L. 52 § 1 D. ad leg. Aquil. 9, 2*. In dem im Texte ausgeführten Gedanken dürfte denn auch die concrete Begründung für das von Windscheid II, S. 313, Nte. 8 formulierte Princip liegen.

<sup>3)</sup> Dass hier, wo die „contractliche“ Haftung des Schuldners in Frage steht, von Gleichstellung des *dolus* und der *culpa lata* auszugehen ist, kann vorläufig kurz angemerkt werden. — Vgl. oben S. 61, Nte. 6; und s. unten § 19.

Juristen über Verschulden und Zurechnung sich heute an fast jedem Punkte des Systems als Gemeingut der modernen Rechte erkennen lassen — eine wahre „ratio scripta.“<sup>1)</sup> Ohnehin wird die Behauptung, dass die „regula“ der L. 203 D. de R. J. in ihrer weiten Bedeutung<sup>2)</sup> auch in allen neueren Codificationen aufrecht steht, kaum Jemand allzu kühn erscheinen.<sup>3)</sup> Und schon darin läge eine genügende Rechtfertigung der Verwerthung der römischen Grundsätze über die „Exculpation“ auch für die Betrachtung der mora des österreichischen Rechts.<sup>4)</sup> Zur vollen Sicherheit bei dieser Uebertragung dient aber eine, auch sonst für unser Thema nicht unwichtige, Bemerkung.

Die gesetzliche Norm betreffend die Mitwirkung des Beschädigten zu seinem eigenen Schaden enthält § 1304 a. b. G. B.:

<sup>1)</sup> Mit Recht hat man den Satz als „etwas Natürliches“ hingestellt, dass Niemand für den Schaden hafte, den der Beschädigte durch gehörige Sorgfalt hätte vermeiden können: Pernice, Sachbeschäd. S. 60; Mommsen, Beitr. II, S. 157. Vgl. schon Glück IV, S. 443; Wening-Ingenheim, Lehr. v. Schadeners. S. 79. Die Rücksicht auf das concurrirende Verschulden des Beschädigten ist „gerecht und billig“: Zeiller III, S. 726. Ueber die Principien der Culpacompensation in der neueren Gesetzgebung s. Demelius l. c. S. 80 ff.

<sup>2)</sup> S. oben S. 65 f.

<sup>3)</sup> Das französische Recht braucht, soweit es sich um „contractliche“ culpa handelt, den Satz allerdings nicht erst besonders aufzustellen, weil derselbe in der Schranke der Artt. 1150, 1151 Code civ. schon enthalten ist. Vgl. oben S. 60 Nte. 2. Bezüglich der Haftung aus Delicten ist aber die Einschränkung der auf Art. 1382 Code civ. gegründeten Haftung anerkannt. Zachariae, franz. Civ. R. II, § 444. — Ueber die Behandlung der „contributory negligence“ im englisch-amerikanischen Rechte s. Wharton l. c. §§ 130 sqq. — Das Preuss. L. R. I; 5, §§ 361 ff.; I; 6, §§ 18 ff. anerkennt das Princip, wengleich mit Einschränkungen in Detailpunkten; vgl. Dernburg II, S. 179. — Unser Satz hat ferner Anerkennung gefunden im Sächs. bgl. G. B. §§ 688, 781 (vgl. dazu Sintenis, Anl. z. Stud. des sächs. bgl. G. B. S. 190, 218); im Dresd. Entw. Artt. 227, 228; Bayr. Entw. II, Art. 68 (vgl. Lang, Entw. ein. bgl. G. B. II. S. 47); ferner in ähnlicher Fassung wie im a. b. G. B. auch im Hess. Entw. IV, 1, Art. 213; und Schweiz. Obl. R. Art. 51 (vgl. Zürich. G. B. §§ 1840, 1841).

<sup>4)</sup> Dass die Codificatoren mit der Berücksichtigung concurrirenden Verschuldens des Beschädigten einen vermeintlichen Mangel des römischen Rechts zu corrigiren glaubten (s. Zeiller in dem Vortrage bei Pfaff-Hofmann, Excurs. I, S. 81) steht dem natürlich nicht entgegen. Dass andererseits § 1304 a. b. G. B. nicht eine einfache Wiedergabe der römischen Rechtssätze enthält, wie Hasenöhrle S. 262, Nte. 72 meint, darüber s. Pfaff, Gutacht. S. 34, Nte. 101.

„Wenn bei einer Beschädigung zugleich ein Verschulden von Seite des Beschädigten eintritt; so trägt er mit dem Beschädiger den Schaden verhältnismässig; und, wenn sich das Verhältnis nicht bestimmen lässt, zu gleichen Theilen.“

Zunächst hat auch diese Gesetzesstelle, so wie L. 203 cit., die Fälle im Auge, in welchen ein gleichzeitiges oder nachfolgendes Verschulden des Beschädigten mit Ursache des Schadens geworden ist, so dass die Wirkung des, allerdings vorhandenen, Verschuldens des einen Theiles vermittelt erscheint durch das hinzukommende Verschulden des anderen. Mag das nun ein Fehler sein<sup>1)</sup> oder nicht, Thatsache ist es, dass das a. b. G. B. hier nicht den Gesichtspunkt der Unterbrechung des Causalzusammenhanges zur Anwendung bringt, sondern alles abstellt auf das subjective Verhalten des Beschädigers und des Beschädigten, so dass gegenseitiges Abwägen des beiderseitigen Verschuldens zu entscheiden hat. Die eigenthümliche Vorschrift des § 1304 über die Theilung des Schadens kann hier ausser Betracht bleiben<sup>2)</sup> — hier interessirt eine andere Seite dieser merkwürdigen Gesetzesbestimmung.

Die eingehende Untersuchung Pfaff's dürfte nunmehr wohl endgiltig festgestellt haben,<sup>3)</sup> dass — nach dem richtig verstandenen Sinn<sup>4)</sup> des § 1304 a. b. G. B. — bei weit überwiegendem

---

<sup>1)</sup> Demelius l. c. S. 82 ff. Vgl. auch Dernburg I, S. 265. Dagegen Ihering, Schuldmom. S. 55; und neuestens Lehmann, Schutzlosigkeit d. immater. Lebensgüter (1884) S. 26 ff.

<sup>2)</sup> Vgl. Pfaff l. c. S. 34, Nte. 101. Vgl. noch unten S. 124 Nte. 2.

<sup>3)</sup> Pfaff l. c. S. 34 ff. Vgl. auch Zeiller III, S. 726 f., Scheidlein, Miscell. IV, S. 48 f., Stubenrauch zu § 1304. Unrichtig ist die Behauptung Kirchstetter's zu § 1304, dass nach österr. R. das Verschulden des Beschädigten „immer nur für den Umfang der Ersatzverbindlichkeit von Einfluss“ sei.

<sup>4)</sup> Ueber die fehlerhafte Praxis, welche in allen Fällen concurrirender culpa des Beschädigten den Schaden halbirt — sowie das im Westgal. G. B. III, § 430 vorgeschrieben war — s. Pfaff l. c. S. 38, Nte. 112, und jetzt noch die Entscheidung bei Glaser-Unger-Walther Nr. 7819. Nicht uninteressant ist es dagegen, dass der oberste Gerichtshof mit Bezug auf eine verwandte Frage (den Verfall des Angeldes) in einem Falle (l. c. Nr. 4142) den Grundsatz gelten lässt, dass die Nichterfüllung des Vertrages „schuldlos“ sei (§ 908 a. b. G. B.), wenn sie von dem Gegner durch „Verspätung“ veranlasst war.

Verschulden des einen Theils jene Abwägung auch zu dem Resultate führen kann und muss,<sup>1)</sup> dass das Verschulden des anderen Theiles durch dasselbe aufgewogen sei, so dass, mit Rücksicht gleichsam auf seinen Ueberschuss an Schuld, der ganze Schaden von dem Einen zu tragen ist. Es ist also, wenigstens bei unverhältnismässig grösserer Schuld des Beschädigten,<sup>2)</sup> auch in der Regel des § 1304 cit. gelegen, dass die Verantwortlichkeit des Schädigers durch concurrirende culpa des Beschädigten aufgehoben wird, so wie das L. 203 de R. J. cit. allgemein ausspricht. Dass andererseits davon bei dolus des Beschädigers keine Rede sein kann, darf bei der ausgesprochenen Tendenz des § 1304 cit. nicht bezweifelt werden.<sup>3)</sup> Unter Umständen ist somit auch in dieser Norm des a. b. G. B. eine Exculpation durch concurrirendes Verschulden des Beschädigten in Fällen derjenigen Art anerkannt, wie sie in dem vorigen Paragraphen in der Gruppe 1 und 2 dargestellt worden ist. Steht es nun fest, dass das a. b. G. B. auch diese Fälle nicht auf den „Causalzusammenhang“ zwischen der schuldhaften Handlung und dem Schaden hin prüft,<sup>4)</sup> sondern dass es die Haftung des Beschädigers lediglich in der Erwägung ausschliesst, dass dessen Schuld gegenüber der grösseren Schuld des Beschädigten gar nicht in die Wagschale falle, dann sind in den Augen unseres Gesetzes diese Fälle vollkommen auf eine Linie gestellt mit den Fällen der dritten Gruppe, in welchen gar nicht gefragt wird, ob die Folgen

---

<sup>1)</sup> Der Richter muss in einzelnen, vom Gesetze besonders benannten Fällen zu diesem Resultate kommen. So im Falle der §§ 1157 und 1299 a. b. G. B. Vgl. oben S. 62, Nte. 2. Inwieferne auch § 1419 a. b. G. B. hieher gehört, wird unten (§ 19) zu zeigen sein.

<sup>2)</sup> Dass dabei nicht etwa bloss die drei Grade des Verschuldens gegeneinander in Betracht kommen, sondern, wie Westgal. G. B. III, § 424 sagte, „die unzähligen Grade des Verschens“ gegeneinander abzuwägen sind, s. bei Pfaff l. c. S. 37.

<sup>3)</sup> Vgl. Pfaff l. c. S. 39. Strohal, Gutacht. S. 165. Selbst eine Theilung des Schadens erscheint in diesem Falle unzulässig. S. Nippel VIII, 1, S. 118 f. Stubenrauch zu § 1304, Nr. 2, gegen Zeiller und Scheidlein an den auf S. 69, Nte. 3 citirten Stellen. S. aber auch Schneider, Comm. zu Schweiz. Obl. R. Art. 51, Nr. 3

<sup>4)</sup> Pfaff l. c. S. 35.



eines, an sich vorhandenen, Verschuldens zuzurechnen seien, sondern ob, mit Rücksicht auf das vorausgegangene eigene Verschulden des Beschädigten, eine Pflichtverletzung überhaupt vorliege. Gerade in dieser Gruppe aber steht, wie früher gezeigt worden ist, die *mora creditoris*. Folgen wir also dem Gedankengang des österreichischen Codex, so können wir, ich möchte sagen, mit noch grösserer Beruhigung als im Gebiete des römischen Rechts, dasselbe Princip, welches für die Ausschliessung der Zurechnung durch hinzutretendes Verschulden des Verletzten gilt, auch für das Verhältnis zwischen dem säumigen Gläubiger und seinem Schuldner zur Anwendung bringen.

Damit ist denn auch für das österreichische Recht das vorläufige Resultat sichergestellt: Die „Exculpation“ des Schuldners durch *mora* des Gläubigers wird, nach allgemeinen Grundsätzen, uns begründet erscheinen überall, aber auch nur dort, wo ein Verschulden des Gläubigers<sup>1)</sup> die Ursache der Verzögerung in der Erfüllung der Obligation bildet; doch wird diese Exculpation die Haftung des Schuldners für *dolus* nicht aufheben.

### § 13.

Wenn ich mich nunmehr der Betrachtung der positiven Normen über den Verzug des Gläubigers zuwende, so handelt es sich dem bisher Gesagten zu Folge nicht so sehr darum, aus den Quellen die directe Bestätigung des Rechtssatzes zu gewinnen, dass die *mora* des Gläubigers ihrem Wesen nach auf einem Verschulden desselben beruht — obgleich sich auch in dieser Richtung Manches dürfte beibringen lassen, — als vielmehr darum, zu zeigen, dass ein Gegenbeweis<sup>2)</sup> gegen diese Theorie nicht geführt werden kann.

Man hat gegen die hier vertretene Ansicht<sup>3)</sup> vor allen eine

---

<sup>1)</sup> In wie weit verschiedene Grade dieses Verschuldens in Betracht kommen können s. unten § 20.

<sup>2)</sup> Der wichtigste theoretische Grund der entgegengesetzten Ansicht wird unten (§ 15) noch speciell zu besprechen sein.

<sup>3)</sup> Zu den Gegnern gehören zunächst diejenigen Schriftsteller, welche mit Schöman, Lehre v. Schadeners. II, S. 12 ff. das Requisite der culpa auch für die *mora debitoris* leugnen (s. die Citate oben S. 16 Nte. 1), und

Stelle in's Feld geführt, welche den Verzug des Gläubigers mit der Wendung zu charakterisiren scheint: „si per debitorem mora non esset, quo minus . . . . solveret“ — L. 105 D. de V. O. 45, 1. <sup>1)</sup> Kein Zweifel, so sagt man, dass demnach alles Gewicht lediglich darauf zu legen ist, dass der Hinderungsgrund nicht in der Person des Schuldners gelegen sei. Von irgend welcher subjectiven Voraussetzung in der Person des Creditors sei da keine Spur, am allerwenigsten von einer culpa desselben. <sup>2)</sup>

Was ergibt sich aber füglich aus dieser Stelle, wenn man sie „vorurtheilslos“ betrachtet? Der oben angeführte Satz, auf den so viel Nachdruck gelegt wird, enthält die einfache Behauptung, die Niemand bestreitet, dass bei zufälligem Untergange des Erfüllungsobjectes der Schuldner sofort frei werde — wenn er nicht in mora solvendi war; mora des Gläubigers kommt hiebei gar nicht in Frage. Die Besonderheit des Falles liegt nur in dem durch die ersten Sätze der L. 105 cit. betonten Momente. Während sonst bei alternativer Stipulation die Verpflichtung durch casuellen Untergang des einen Gegenstandes sich auf den anderen concentrirt, <sup>3)</sup> da das Wahlrecht des Schuldners erst

---

der mora creditoris in dieser Richtung gar keine besondere Untersuchung widmen; ferner Fritz Erläut. II, S. 358; Sintenis l. c. II, S. 221 Nte. 125; Holzschuher III, S. 258; Kuntze, Cours., § 617; Goose, Jhrb. f. d. Dgm. IX, S. 219 f.; vor allen Kohler S. 400 ff. Vgl. auch Kniep I, S. 69; Waldberg S. 7 f.: „wie dies eigentlich in der Natur der Sache liegt!“ Ueber die Mittelmeinung Mommsen's, welchem auch Heimbach in Weiske's R. L. XII, S. 840 ff. folgt, s. oben S. 20 ff.

<sup>1)</sup> Die Stelle lautet vollständig: „Stipulatus sum Damam aut Erotem servum dari: cum Damam dares, ego quominus acciperem, in mora fui: mortuus est Dama: an putes me ex stipulatu actionem habere? respondit: secundum Massurii Sabini opinionem puto te ex stipulatu agere non posse: nam is recte existimabat, si per debitorem mora non esset, quo minus id quod debebat solveret, continuo eum debito liberari.“ Cf. L. 19 § 9 L. 38 pr. D. locati 19, 2.

<sup>2)</sup> Vgl. Kohler S. 413, welcher übrigens auf diese und andere Quellenstellen weniger Gewicht legt (s. S. 414), als auf das Argument, dass „selbst“ das Erfüllungssurrogat ohne Rücksicht auf culpa des Gläubigers eintreten kann. Gegen diesen angeblichen Schluss a majori ad minus s. oben S. 54.

<sup>3)</sup> L. 95 pr. § 1 D. de solut. 46, 3. Vgl. die bei Bernstein, z. Lehre v. alternat. Willen (1878) S. 40 ff. angeführten Stellen.

durch die wirkliche Leistung consumirt erscheint,<sup>1)</sup> so gilt hier die Wahl als vollzogen schon durch die Oblation<sup>2)</sup> des einen Slaven; daher dieses eine Object auf Gefahr des Gläubigers steht, als wäre es von Anfang an das einzig geschuldete gewesen. Und als Grund dieser Wirkung der Oblation giebt nun unser Fragment in seinem ersten Theile in der That die „mora“ des Gläubigers an<sup>3)</sup> — allein, worin dieselbe bestehe, darüber verliert der Jurist kein Wort. Vor allem aber giebt er dafür keine Erklärung in dem Schlusssatze der Stelle. Die Verbindung zwischen diesem und der zu Anfang aufgeworfenen Frage ist lediglich die: Sowie — in Folge mora creditoris — durch fruchtlose Oblation die alternative Obligation zu einer einfachen geworden ist, tritt die allgemeine Regel in Kraft, dass der nicht säumige Schuldner durch Zufall frei wird. Man wende nicht ein, die besondere Hervorhebung der Bedingung „si per debitorem mora non esset“ sei, wenn darin kein Bezug zu dem speciellen Falle liege, zum mindesten eine grosse Pedanterie. Javolenus citirt eben eine althergebrachte Regel, und er citirt sie ganz so, wie sie Sabinus aufgestellt hatte. Bei dieser Regel lag aber das Gewicht auf folgendem Punkte. Wie auf der einen Seite der Satz recipirt war, dass die Obligation durch mora des Schuldners „perpetuatur“,<sup>4)</sup> daher das Interesse wegen verzögerter Zahlung direct mit der actio ex stipulatu begehrt werden konnte, so stellt andererseits die Regel des Sabinus fest, dass, wo diese „perpetuatio“ noch nicht Platz gegriffen hat, durch zufälligen Untergang der geschuldeten Sache die Stipulation ipso jure erlösche. Gerade auf diesen Punkt concentrirte sich auch in unserer Stelle das Interesse. Die Frage lautete „an putas me ex stipulatu actionem habere“, und die Antwort: „debitorem continuo

---

<sup>1)</sup> Bernstein l. c. S. 49; Windscheid II, § 255, S. 17. Vgl. auch Ihering Jahrb. I, S. 31 f.; Demelius in Linde's Ztschr. N. F. XVII, S. 28 ff.

<sup>2)</sup> Streng genommen, bindend nur für den Gläubiger; allein der Schuldner wird natürlich von seinem jus variandi keinen Gebrauch mehr machen.

<sup>3)</sup> Bernstein, Ztschr. f. vergleich. R. W. II, S. 430 ff.; Vangerow III, S. 26. S. auch unten S. 128.

<sup>4)</sup> L. 91 § 3 D. de V. O. 45, 1.

liberari“ d. h. ipso jure.<sup>1)</sup> Für das Wesen der *mora creditoris* hat somit dieses Fragment keine Bedeutung.<sup>2)</sup>

Mit ebenso wenig Recht zieht man in die Discussion über die Voraussetzungen des Annahmeverzugs Aussprüche der römischen Juristen, welche die Conventionalstrafe, die *lex commissoria*, kurz Nachtheile betreffen, die kraft besonderer Festsetzung bei Unpünktlichkeit des Schuldners auf denselben fallen sollen. In erster Linie richten sich die Voraussetzungen des Eintritts oder Nichteintritts dieser Rechtsfolgen gewiss nach der Abmachung, auf welcher sie beruhen.<sup>3)</sup> So kann es die Absicht der Contrahenten sein, dass die Conventionalstrafe ohne weiteres und ausnahmslos zu verfallen habe, wenn die Leistung in dem bedungenen Zeitpunkt ausbleibt. Die nackte Thatsache der Nichtleistung ist dann die Bedingung, an deren Eintritt die Bezahlung der stipulirten Strafe geknüpft erscheint.<sup>4)</sup> Schuld oder Unschuld des Verpflichteten kommt nicht in Betracht. So wenig ich mich nun auf Stellen, welche solcher Fälle erwähnen, berufen möchte, um zu beweisen, dass die Thatsache der nicht rechtzeitigen Leistung schon *mora debitoris* sei,<sup>5)</sup> so wenig darf man auf der anderen Seite aus denjenigen — regelmässig zu supponirenden<sup>6)</sup> — Fällen, in welchen die Conventionalpön wirklich als eine bloß dem pflichtwidrigen Vorgehen des Schuldners angedrohte Strafe gedacht ist,<sup>7)</sup> Capital schlagen wollen für die Behauptung, dass die *mora creditoris* unabhängig sei von einem Verschulden

---

<sup>1)</sup> Vgl. aber Mommsen, Beitr. I, S. 307 Nte. 37.

<sup>2)</sup> Vollends nicht L. 19 § 9, L. 38 D. locat. citt. Sie befassen sich lediglich mit der Frage, ob der Lohn für — ohne *mora* des Arbeiters — nicht geleistete Arbeit zu entrichten sei; und sie bejahen die Frage, weil in diesen Fällen eben auch die Leistungsbereitschaft bezahlt werden muss (vgl. Brinz II, S. 763; Windscheid §§ 400, 401; Mommsen, Beitr. I, § 30); von Leistungsbereitschaft des Arbeiters kann aber natürlich keine Rede sein, wenn „per eum stetit, quominus operas praestet“.

<sup>3)</sup> Windscheid II, § 285; Randa, Lehr. v. d. Zins. S. 33, Nte. 77.

<sup>4)</sup> So z. B. in dem Falle der L. 77 D. de V. O. 45, 1. Auch L. 22 pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2 setzt eine solche Conventionalpön voraus.

<sup>5)</sup> Vgl. Wolff S. 38 ff.; Madai S. 405 ff.

<sup>6)</sup> Windscheid II, § 285, Nr. 3. Vgl. unten S. 75, Nte. 3.

<sup>7)</sup> S. z. B. L. 113 D. de V. O. 45, 1; L. 21 § 9 D. de recept. 4, 8.

des Gläubigers. Nichts natürlicher, als dass von einer culpa des Schuldners keine Rede sein kann, wenn er in Leistungsbereitschaft war, und nur die, gleichviel aus welchem Grunde, ausbleibende Annahme der Leistung die Verzögerung herbeigeführt hat.<sup>1)</sup> Nichts natürlicher also, als dass die für den Fall eines Verschuldens ihm angedrohten Nachteile ihn dann nicht treffen, mag die Nichtannahme dem Gläubiger als Verschulden anzurechnen sein, oder nicht. Allein sie treffen ihn nicht, weil sie vertragsmässig an die Bedingung der culpa des Schuldners geknüpft sind. Aus den Quellenstellen also, welche dies bezüglich der Conventionalstrafe oder der lex commissoria ausdrücklich hervorheben,<sup>2)</sup> kann ein Schluss auf die mora creditoris nicht gezogen werden.<sup>3)</sup> Ich bezweifle, dass eine derartige Trennung durchaus ungleichartiger Rechtsverhältnisse den Vorwurf verdient, welcher in ihrer Bezeichnung als „Doppelsystem“ liegt.<sup>4)</sup>

Das scheinbarste Argument der Gegner bildet wohl L. 18 pr. D. de pec. constit. 13, 5<sup>5)</sup> Im Hinblick auf die Bestimmung

---

<sup>1)</sup> „Quid enim potest imputari ei, qui solvere, etiam si vellet, non potuit?“: L. 17 § 3 D. h. t. 22, 1. Cf. L. 47 eod.

<sup>2)</sup> Dahin zählen L. 9 § 1, L. 13 pr. D. h. t. 22, 1; L. 9 C. h. t. 4, 32; L. 4 § 4 D. de leg. commiss. 18, 3; L. 23 § 3 D. de recept. 4, 8.

<sup>3)</sup> Vgl. Mommsen S. 10, S. 290; Esmarch mora p. 8; Waldberg S. 29 ff. — Das im Texte Gesagte gilt insbesondere auch für das österr. R., welches (§ 1336 a. b. G. B.) die Conventionalstrafe lediglich als festgesetzten Betrag des Schadenersatzes behandelt (vgl. Randa l. c. S. 31 f.; Zeiller III, S. 774 f.), somit deren Verfall als Wirkung des Verschuldens des Verpflichteten, welche selbstredend nicht eintreten kann, „si per eum non stetit, quominus solveret.“ S. Randa l. c. S. 33; Kirchstetter zu § 1336; Entsch. bei Glaser-Unger-Walther Nr. 6821; s. auch Unger Syst. II, S. 567, Nte. 31. Ebenso steht es im preussischen und französischen Rechte, welche die Conventionalstrafe nur bei mora debitoris verfallen lassen; s. Preuss. L. R. I; 5, § 305; Code civ. Art. 1230; ebenso Sächs. bgl. G. B. § 1432 (vgl. § 1434); Dresd. Entw. Artt. 125 f. — Anders der Hess. Entw. IV, Artt. 121, 128, welcher nicht nothwendig mora des Schuldners voraussetzt, gleichwohl aber die Conventionalstrafe nicht verfallen lässt, wenn der Gläubiger die Erfüllung „verhindert“; ähnlich Schweiz. Obl. R. Artt. 180, 181.

<sup>4)</sup> So Kohler S. 414. Vgl. dagegen Puchta, Vorl. II, S. 101.

<sup>5)</sup> Kohler S. 413 f.; s. auch Holzschuher l. c. S. 258: „Dass es bei der mora creditoris nicht auf eine culpa ankomme, geht wohl unzweifelhaft aus L. 18 pr. D. 13, 5 hervor“.

des prätorischen Edictes, dass die *actio pecuniae constitutae* gegeben werde, „*si appareat eum qui constituit neque soluere neque fecisse neque per actorem stetit, quo minus fieret quod constitutum est*“<sup>1)</sup>, führt Ulpian hier aus: „*si valetudine impeditus aut vi aut tempestate petitor non venit, ipsi nocere.*“

Darnach besteht allerdings kein Zweifel, dass der Gläubiger der *actio pecuniae constitutae* selbst dann verlustig geht, wenn er die allertriftigsten Entschuldigungsgründe für die Versäumnis der Zahlungsannahme anzuführen vermöchte. Allein eine Generalisierung dieser Norm mit Bezug auf alle Wirkungen des Annahmeverzuges ist nicht zulässig. Der Satz der L. 18 cit. fließt aus dem eigenthümlichen Wesen des *constitutum* im classischen Rechte, er kann nicht als allgemeine Regel gelten. Beweist er doch nur, was auch sonst aus der Geschichte dieses merkwürdigen Institutes<sup>2)</sup> erhellt, dass der Kern des *constitutum* die Sicherung der Bezahlung einer Schuld zu einer ganz bestimmten Zeit war. Strenge Rechtsfolgen der Nichterfüllung dienten dem Zwecke dieser Sicherung. So sehr aber erscheint dabei die Einhaltung des festgesetzten Zahlungstermines als wesentlich, dass das *constitutum* — gleichsam ein Fixgeschäft der classischen Zeit — nur entweder an dem bestimmten Tage, oder gar nicht „erfüllt“ werden konnte. Die *Constitutsklage* geht daher nur auf Ersatz wegen Nichterfüllung. Von einer *mora* im technischen Sinne kann somit bei dem römischen *Constitut*, sei es auf Seite des Gläubigers oder auf Seite des Schuldners, so wenig die Rede sein, wie überhaupt bei solchen Obligationen, deren Erfüllung nicht „verzögert“ sondern nur ein für allemal unterlassen werden kann.<sup>3)</sup> Dass nun das Edict die strenge Ersatzklage<sup>4)</sup> wegen *pecunia constituta* ausschloss, wo trotz Erfüllungsbereitschaft des Schuldners

<sup>1)</sup> L. 16 § 2 D. de pec. const. 13, 5.

<sup>2)</sup> Vgl. Girtanner, Bürgschaft, S. 47 ff.; Bruns, Ztschr. f. R. G. I, S. 42 ff.

<sup>3)</sup> S. die interessante Ausführung bei Bruns l. c. S. 65 f. Vgl. Mommsen S. 28, 138 f.

<sup>4)</sup> Abgesehen von der bei dieser *actio* vorkommenden Pönalsponion (Gai IV, 171), wurde aus dem im Texte angegebenen Gedanken consequent gefolgert, dass selbst nachfolgende Zahlung die Klage nicht mehr aufhebt. S. L. 16 § 4 D. h. t. 13, 5; dazu Bruns l. c. S. 60 f.

die Zahlung zur rechten Zeit nur wegen Verhinderung des Gläubigers vereitelt war, ist gerade von diesem Standpunkte aus leicht begreiflich. Die römischen Juristen aber und so auch Ulpian in L. 18 pr. cit. hatten es da nicht mit der allgemeinen Bedeutung der mora creditoris zu thun, sondern mit der Interpretation der speciell für die actio pecuniae constitutae geltenden Edictsclausel. So wenig wie die Vorschriften über die Conventionalstrafe, beweist daher unsere Stelle etwas für das Wesen der mora.<sup>1)</sup> Ja, sie beweist schon deshalb nichts, weil sie, wenn man sie einmal auf die mora creditoris beziehen wollte, zu viel bewiese.<sup>2)</sup> Sie stellt nämlich als die Wirkung der angeblichen mora accipiendi den Verlust der Klage hin, eine Wirkung, welche doch wohl auch die Gegner nicht aus den Principien werden ableiten wollen,<sup>3)</sup> welche den Annahmeverzug beherrschen.

Die besprochenen Stellen reichen also gewiss nicht aus, um den Gegenbeweis gegen die aus der Betrachtung eines allgemeinen Zusammenhangs gewonnene Anschauung zu erbringen, welche für den Verzug des Gläubigers ein Verschulden postulirt.<sup>4)</sup> Danach hat es nur, wie schon bemerkt, geringeres Gewicht, ob für diese letztere Ansicht auch positive Zeugnisse aufgebracht werden können, oder nicht. Ich will daher nur in aller Kürze Einiges hervorheben.

---

<sup>1)</sup> Ebenso, wenn auch aus etwas verschiedenen Gründen, Mommsen S. 164 ff.

<sup>2)</sup> Vgl. auch Mommsen, S. 163, Nte. 5.

<sup>3)</sup> Ueber die veraltete Ansicht Zimmern's, s. oben S. 34, Nte. 3; desgleichen über Voigt's Theorie, welche, in entstellter Form, auch Manns, v. d. Mora S. 27 aufnimmt.

<sup>4)</sup> Zu L. 18 § 1 D. h. t. 22, 1 (Kohler S. 415) s. oben S. 37, Nte. 1. L. 39 D. de sol. 46, 3 beweist schon deshalb nichts, weil sie von der Deposition spricht, somit eine vollständige Aufzählung der Requisite der mora gar nicht zu enthalten braucht (dies gegen Kohler, S. 406) vgl. oben S. 54. Was L. 3 § 4 D. de A. E. V. 19, 1 betrifft, so glaube ich, trotz der boshaften Bemerkung Kohler's S. 405 f., mit Mommsen S. 163 f., dass dieselbe gar nicht die Absicht hat, die Erfordernisse der mora creditoris erschöpfend aufzuführen; vgl. auch Windscheid II, § 345, Nte. 8. — Desgleichen können L. 30 D. de sol. 46, 3 und L. 21 D. de R. C. 12, 1 nicht in Betracht kommen; sie handeln nicht von der materiellrechtlichen Bedeutung der mora accipiendi, sondern von der Einflussnahme des Prätors auf den die Annahme in jure verweigernden Gläubiger.

Dabei muss allerdings der citirten L. 18 pr. und einigen ähnlichen Stellen Eines concedirt werden. Wenn die Quellen die *mora creditoris* nicht selten mit der Redewendung „*per creditorem stetit, quominus . . .*“ bezeichnen, so ist damit für unsere Frage gar nichts entschieden; denn, mag dieser Ausdruck noch so häufig, ja sogar in der Mehrzahl der Fälle eine als Verschulden zurechenbare Vereitelung bedeuten<sup>1)</sup>, dass dieselben Worte auch eine unverschuldete Verursachung ausdrücken können, ist durch L. 18 pr. cit. unumstösslich dargethan. Auf Stellen, wie L. 40 D. de recept. 4, 8, L. 5 D. de periculo 18, 6, L. 36 D. locati 19, 2, L. 8 D. de foen. naut. 22, 2, L. 9 § 1, L. 39 D. de solut. 46, 3 u. a. m. will ich mich daher in dieser Sache nicht berufen.<sup>2)</sup>

Auch das muss ferner zugestanden werden, dass L. 72 pr. D. de solut. 46, 3 einen directen Beleg für das Requisite des Verschuldens nicht abgiebt. „*Sine justa causa accipere recusare*“ kann sehr wohl ganz ohne jeden Bezug auf subjective Entschuldigungsgründe des Gläubigers gesagt sein und blos auf die objectiven Voraussetzungen gehöriger Oblation der Leistung gemünzt sein.<sup>3)</sup> Wenn aber andererseits dies Fragment geradezu als Zeugnis für die gegnerische Ansicht angerufen wird,<sup>4)</sup> weil dasselbe den alleinigen Grundgedanken des Institutes der *mora* treffend damit zum Ausdrucke bringe: „*non est aequum teneri (debitorem) pecunia amissa, quia non teneretur, si creditor accipere voluisset*“, wobei naturgemäss die Ursache der Nichtannahme gleichgiltig sei, so ist doch auch das wieder zu viel behauptet. Es bleibt

<sup>1)</sup> So Mommsen S. 70 ff. Vgl. Kniep I, S. 2.

<sup>2)</sup> Natürlich können sie aber aus denselben Gründen auch von den Gegnern nicht mit Erfolg verwerthet werden. A. M. Kohler S. 413.

<sup>3)</sup> S. auch Mommsen S. 163, und unten S. 89 f. Aehnlich die Ausdrucksweise der L. 17 D. de pec. constit. 13, 5. Dagegen s. allerdings L. 5 D. de R. C. 12, 1, wo, mit Beziehung auf die *mora debitoris*, der Ausdruck „*si aliqua justa causa sit*“ doch wohl auf subjective Entschuldigungsgründe geht; vgl. auch die unten S. 80 Nte. 2 berufene L. 22 § 2 D. de fid. lib. 40, 5. — Sehr zweifelhaft ist auch die Beweiskraft von L. 47 § 2 D. de fid. lib. 40, 5 und L. 4 pr. D. de statul. 40, 7, auf welche Ulrich l. c. S. 14 f. Gewicht legt; s. dagegen Kohler S. 412.

<sup>4)</sup> Kohler S. 412 f.



noch immer die Frage, ob diese „aequitas“ auch dann eingreift, wenn der Gläubiger an der Annahme durch einen Zufall verhindert war.<sup>1)</sup> Jedenfalls aber enthielte die Stelle durchaus nicht den adäquaten Ausdruck dessen, was der leitende Gedanke sein soll. Wenn Alles darauf ankommt, dass „der Schuldner unter der Nichtannahme nicht leiden soll“, warum sagt jene „aequitas“ dann nicht „non teneretur, si creditor accepisset“, sondern „si creditor accipere voluisset“?

Dies führt auf ein Weiteres, was für die Bekräftigung der in diesen Zeilen vertretenen Auffassung nicht ohne Belang ist. L. 72 pr. cit. und eine Reihe von anderen Fragmenten führen den Annahmeverzug auf den Willen des Gläubigers zurück.<sup>2)</sup> Dass diese Stellen die Mittelmeinung Mommsen's, wonach zwar keine schuld bare aber doch willkürliche Nichtannahme das Wesen der mora creditoris ausmachen soll, zu begründen nicht vermögen, ist schon an früherer Stelle<sup>3)</sup> ausgeführt worden. Immerhin würden sie ihrem Wortlaute nach fast besser zu dieser Theorie passen, als zu derjenigen, welche jeden Bezug der mora auf den Willen des Gläubigers leugnet. Lässt man aber — aus guten Gründen — erstere Theorie fallen, dann kann man wohl nicht anders, als in jener den Quellen geläufigen Hinweisung auf den Willen des Gläubigers als das entscheidende Element der mora accipiendi, wenn nicht den unmittelbaren Beweis für das Merkmal der culpa in diesem Begriffe, so doch den Fingerzeig zu erblicken, dass den römischen Juristen das Vorhandensein eines subjectiven Moments in dem Verzug des Gläubigers als etwas durchaus Natürliches erschien.

Und nun darf zum Schlusse noch erinnert werden, dass es doch auch nicht an jeder directen Erwähnung des Verschuldens als Voraussetzung der mora creditoris fehlt. So wird der Ver-

---

<sup>1)</sup> Vgl. dazu die Bemerkung oben S. 28 f.

<sup>2)</sup> L. 7 D. h. t. 22, 1: „accipere noluisse“; ebenso L. 26 D. sol. matr. 24, 3; L. 73 § 2 D. de V. O. 45, 1; L. 30, L. 39, L. 72 § 2, § 3 D. de solut. 46, 3.

<sup>3)</sup> S. oben § 4.

zug des Ehemannes in Betreff der Annahme der ihm gebührenden Dos in Nov. 91 c. 2 geradezu „culpa viri“ genannt.<sup>1)</sup>

Ferner bezeichnet L. 37 D. mand. 17, 1 die mora creditoris als „frustratio“ — und wie überall, wo dieser Ausdruck gebraucht ist,<sup>2)</sup> wird er wohl auch hier zum mindesten den Vorwurf der Nachlässigkeit, der „Saumseligkeit“ im Sinne unseres deutschen Wortes, involviren.<sup>3)</sup> Vollends aber, wenn man bemerkt, dass in L. 37 cit. die mora des Gläubigers unter diesem Namen mit der mora des Schuldners<sup>4)</sup> zusammengefasst erscheint, für welch' letztere das Erfordernis der culpa weit selteneren Widerspruch gefunden hat, so wird man kaum mehr versucht sein, die in dem Annahmeverzug gelegene „frustratio“ als eine nicht culpose Versäumnis zu verstehen.

Gerade in dieser auch dem Sinn der classischen Juristen entsprechenden Parallelisirung der mora creditoris mit der mora debitoris<sup>5)</sup> liegt endlich überhaupt eine gewichtige Unterstützung des hier vertretenen Principis, wenn anders man über die Qualification des Zahlungsverzuges als einer Art von culpa einig ist. In dieser Beziehung ist besonders interessant<sup>6)</sup> L. 56 pr. D. de J. D. 23, 3. Nicht nur dass Paulus in dieser Stelle beide Arten von mora als offenbar gleichartig neben einander stellt, — gerade den Verzug des Schuldners, für welchen man das Er-

<sup>1)</sup> Ob nicht auch die in L. 73 § 2 D. de V. O. 45, 1 erwähnte, dem säumigen Gläubiger entgegenstehende „exceptio doli mali“ hieher gehört, mag dahingestellt bleiben.

<sup>2)</sup> Cf. L. 9 D. comm. div. 10, 3: „sine dolo malo et frustratione“; ferner L. 25 D. ex quib. c. maj. 4, 6, L. 3 D. de jud. 5, 1, L. 89, § 1 D. ad leg. Falc. 35, 2 L. 19 D. de vi 43, 16 und L. 22 § 2 D. de fid. lib. 40, 5, wo im Vergleiche zu L. 72 pr. D. de solut. 46, 3 namentlich die Antithese „ex justa causa“ und „frustrandi gratia“ interessant ist. Vgl. auch § 2, § 3 J. de off. jud. 4, 17.

<sup>3)</sup> S. auch Mommsen S. 69.

<sup>4)</sup> Mit Bezug auf sie kommt der Ausdruck vor in L. 3 § 4 und L. 41 pr. D. h. t. 22, 1, wo über den Sinn der „frustratio“ kaum ein Zweifel sein kann.

<sup>5)</sup> Kohler (s. S. 403) will diese Parallele allerdings von vornherein ausgeschlossen wissen.

<sup>6)</sup> Auch L. 173 § 2 D. de R. J. „unicuique sua mora nocet“ dürfte hieher gehören (cf. L. 37 cit.: „neutri frustratio sua prodesse debet“) S. Donnellus, mora Nr. 83; Glück IV, S. 420, Nte. 70.

fordernis der culpa gerne anerkennt, bezeichnet er mit eben dem Ausdrücke „si per debitorem stetisset quominus solveret“, welchen man als suspect erklärt, wo er für die mora des Gläubigers gebraucht wird.

Gestützt auf alle diese Gründe darf also wohl das Resultat gelten, dass, wie die mora debitoris, so auch die mora creditoris das Moment der culpa in sich begreift.<sup>1)</sup>

#### § 14.

Gleichwie die im römischen Rechte massgebenden Grundsätze über die „Exculpirung“ im allgemeinen sich auch im österreichischen Rechte als wirksam erkennen liessen,<sup>2)</sup> so bewährt sich die aus allgemeinen Grundsätzen abgeleitete Anschauung, dass die mora creditoris auf einem Verschulden des Gläubigers beruhe, auch in den positiven Sätzen des a. b. G. B., sowie sie den Aussprüchen der römischen Quellen gegenüber Stand gehalten hat. Nicht nur, dass ein Grund für eine Abweichung von jenem Principe der Exculpirung nicht zu finden ist, die Zurückführung des Annahmeverzuges auf die Idee des Verschuldens findet auch positive Stützen in den, allerdings spärlichen, Bestimmungen des Gesetzbuches über die mora creditoris.

Hauptstelle ist, wie erwähnt, § 1419 a. b. G. B. Derselbe bezeichnet die mora creditoris als „Zögerung“ in der Zahlungsannahme. Sucht man nun — um von dem allgemeinen Wortsinne ganz abzusehen<sup>3)</sup> — diesen Ausdruck durch Parallelstellen zu beleuchten, so nehmen unter diesen naturgemäss den ersten

<sup>1)</sup> Dieser Ansicht sind: Donellus l. c. Nr. 102; Cujacius Tract. ad Afric. VIII. ad L. 37 D. mand.; Wehrn p. 292; Ratjen § 2; Madai S. 228; Wolff § 31; Jordan, de morae indole (1854) § 5; Gesterding Nachforsch. V., S. 51 f.; Unger S. 127; Ulrich l. c. S. 8; Keller P. § 252; Seuffert P. § 244; Arndts § 251; Windscheid II, § 345; Brinz II, S. 308 (vgl. aber ebda. S. 248, Nte. 2); Baron § 241; Rivier in Holtzendorff's Rechtslex. v. mora; Molitor, Obligat. I. No. 327; Dernburg II, §. 73; Koch R. d. Edg. I, S. 355; Glück IV, S. 402. Vgl. noch unten S. 88, Nte. 7.

<sup>2)</sup> Vgl. oben § 12.

<sup>3)</sup> S. oben S. 9 ff.

Rang ein §§ 1333 ff. a. b. G. B., welche von der mora debitoris<sup>1)</sup> handeln. Wie dort von „Zögerung“ in der Annahme, so wird hier von „Verzögerung“ der Zahlung gesprochen. Dass aber hier die Verzögerung als Verschulden in Bezug auf die Zeit der Obligationserfüllung aufzufassen ist, ist schon an früherer Stelle ausgeführt.<sup>2)</sup> Die Gleichstellung des Verzuges des Gläubigers mit demjenigen des Schuldners findet sich also, wie bei den römischen Juristen, so auch hier, und, wie für das römische Recht, so führt sie auch hier zu der Annahme, dass auch die mora des Gläubigers auf dessen Verschulden basire.

Dieselbe Bedeutung der „Verzögerung“ leuchtet hervor aus § 965 a. b. G. B.:<sup>3)</sup>

---

<sup>1)</sup> Ueber die systematische Trennung beider s. oben S. 18 Nte. 4. Die Zusammengehörigkeit der mora des Schuldners und des Gläubigers trat deutlich zu Tage im Westgal. G. b. III. § 579: „Ueberhaupt wird der eine Theil wegen seiner früheren Zögerung als schuldlos geachtet, wenn später eine Zögerung des anderen Theiles dazu kommt“ — ein Satz, der zugleich deutlich zeigte, dass die mora als eine Art der „Schuld“ betrachtet werden müsse. Dass die Weglassung dieses Absatzes in dem dem § 579 cit. entsprechenden § 1419 a. b. G. B. nicht etwa durch das Aufgeben dieses Grundgedankens veranlasst war, zeigen auch die Berathungsprotokolle der Superrevision. (Prot. vom 28. December 1809.)

<sup>2)</sup> S. oben S. 16 ff.

<sup>3)</sup> Zu demselben Resultat führt auch die Betrachtung des § 1154 a. b. G. B., welcher die Folgen des beiderseitigen Verzugs beim Lohnvertrage besonders regelt. Im ersten Satze des § wird dem Besteller nebst dem Ersatzanspruche das Recht, vom Vertrage abzugehen, gewährt — eine Ausnahme von der Norm des § 919 a. b. G. B.: Zeiller III, S. 117 f. — „wenn der Bestellte aus seiner Schuld das Versprechen in der zur Bedingung gesetzten Zeit nicht erfüllet“; und als Gegenstück dazu bestimmt der zweite Satz: „zögert aber der Besteller mit der Entrichtung des Lohnes; so ist er auch verbunden, den Bestellten vollkommen zu entschädigen“. Sollte hier das „Zögern“ des einen Theiles wirklich mit anderem Masse gemessen sein, als das des anderen, auf Seite des Bestellten ein Verschulden gefordert sein, auf Seite des Bestellers aber nicht? Ich kann das umsoweniger glauben, als die Rechtsfolge der „vollkommenen Entschädigung“, welche § 1154 an die Zögerung mit der Lohnzahlung knüpft, doch wohl als die nach § 1295 a. b. G. B. aus dem Verschulden sich ergebende Ersatzpflicht gedacht war (im Gegensatz zu der bloßen Zahlung von Verzugszinsen nach § 1333 a. b. G. B.), mag auch diese Auffassung zu Folge Hfdcr. v. 18. Jänner 1842, Nr. 592 J. G. S. — welches sich aber nicht so direct auf diesen Fall bezieht, wie Strohal, Gutacht.

„Hat aber der Verwahrer . . . . die Zurückstellung (der hinterlegten Sache) verzögert, und die Sache leidet einen Schaden, welchem sie bei dem Hinterleger nicht ausgesetzt gewesen wäre; so kann er keinen Zufall vorschützen, und die Beschädigung wird ihm zugerechnet“.

Es ist klar, und wird auch allgemein anerkannt,<sup>1)</sup> dass dieser Rechtssatz nichts ist, als die specielle Anwendung der allgemeinen Normen über die Zurechnung. Er spricht für das Depositum noch besonders aus, was auch aus § 1311 a. b. G. B. folgt, dass der Verwahrer für den „durch ein Verschulden veranlassten Zufall“ hafte. Als Rechtsgrund der Ersatzpflicht des Depositors wegen „verzögerter“ Rückstellung ist somit das Verschulden gedacht<sup>2)</sup> — eine bedeutsame Weisung auch für alle anderen Fälle, wo die Verantwortlichkeit für „Verzögerung“ zur Frage steht.

Eine unmittelbare Bestätigung dieser Ansicht bringt § 1051 a. b. G. B., eine Stelle, an welcher das Gesetzbuch ähnlich, wie das preussische Landrecht,<sup>3)</sup> von der Frage nach dem *periculum rei venditae* Anlass nimmt, die Wirkung des Annahmeverzuges<sup>4)</sup> speciell zu betonen:

„Ist keine Zeit zur Uebergabe der bestimmten Sache bedungen, und fällt keinem Theile ein Versehen zur Last; so sind die obigen Vorschriften wegen Gefahr und

---

S. 166 annimmt — nicht mehr durchführbar sein; vgl. übrigens Pfaff, Gutacht. S. 116; Winiwarter IV, S. 354 f.

<sup>1)</sup> Zeiller III, S. 738 f.; Nippel VI, S. 278; Scheidlein l. c. § 39; Zugschwerdt l. c. S. 48 f.; Stubenrauch zu § 965 Nr. 1 und zu § 1311 Nr. 2; Unger Syst. II, S. 545, Nte. 39; Pfaff l. c. S. 81.

<sup>2)</sup> So ganz deutlich auch Zeiller III, S. 199 f. trotz seiner *ibid.* S. 770 geäußerten Ansicht über die in § 1334 a. b. G. B. normirte „Verzögerung“.

<sup>3)</sup> L. R. I; 11 §§ 97 ff. Die preussische Jurisprudenz nimmt keinen Anstand, ihre Grundsätze für die *mora creditoris* aus diesen speciell für den Kauf gegebenen Vorschriften abzuleiten. Vgl. Dernburg II, S. 171 f. Vgl. auch die folgende Nte.

<sup>4)</sup> Dass § 1051 *cit.* von der *mora* des Käufers und Verkäufers (nebst anderen Fällen von *culpa*) handelt, wird nicht bezweifelt: Zeiller III, S. 347; Pratovevera *Material*. I, S. 186; Scheidlein *Kauf* II, S. 37; Fr. Hofmann *Pericul. b. Kauf*, S. 54 ff.; Unger S. 127.

Nutzungen (§§ 1048--1050) auf den Zeitpunkt der Uebergabe selbst anzuwenden“.

Verkäufer trägt die Gefahr des Unterganges<sup>1)</sup> der Waare bis zu deren factischen Uebergabe; bei mora des Käufers aber springt diese Gefahr sofort auf ihn hinüber. Der Annahmeverzug<sup>2)</sup> wird dabei geradezu als „Versehen“ des Käufers bezeichnet. Dass aber dieser Ausdruck gleichbedeutend ist mit „Verschulden“, zeigt ein Blick auf § 1294 a. b. G. B.; und damit erhält die Zurückführung des Annahmeverzugs auf ein Verschulden des Gläubigers ihre volle Rechtfertigung.

Schliesslich seien zur Befestigung dieses Resultates einige Worte über § 1155 a. b. G. B. gestattet, — eine Stelle, aus welcher ein Argument für die hier vertheidigte Ansicht entnommen werden kann, obgleich sie auch schon als Zeugnis für die entgegengesetzte Lehre angeführt worden ist, dass der Gläubiger auch die Folgen des Zufalles tragen müsse.<sup>3)</sup> Sie lautet:

„Auch für Dienste und Arbeiten, die nicht zu Stande gekommen sind, gebührt der bestellten Person eine angemessene Entschädigung, wenn sie . . . . von dem Besteller durch Schuld, oder einen Zufall, der sich in seiner Person ereignet hat, daran verhindert, oder überhaupt durch Zeitverlust verkürzt worden ist.“

Geht man, wie das bei der Auslegung eines äusserst wortkargen Gesetzes, gleich dem a. b. G. B., füglich das Nächstliegende ist, von dem Gedanken aus, dass § 1155 cit. nicht überflüssiger Weise für den Lohnvertrag die allgemein für mora accipiendi gültige Norm noch besonders wiederhole, so drängt sich die Ueberzeugung auf: Wenn hier betont ist, dass der Besteller einer Arbeit für die von ihm auch unverschuldeter Weise veranlasste Verzögerung hafte, so folgt dies nicht schon aus dem sonst massgebenden Principe des § 1419 a. b. G. B. Mit anderen Worten, aus § 1155 cit. ergibt sich a contrario die

<sup>1)</sup> Allerdings mit der in § 1048 a. b. G. B. enthaltenen Einschränkung.

<sup>2)</sup> Dasselbe Argument aus § 1051 cit. gilt auch für die mora des Schuldners.

<sup>3)</sup> So Stubenrauch, welcher zur Begründung dieser Theorie bei § 1419 a. b. G. B. den § 1155 citirt.

Regel, dass der Annahmeverzug nur dann von Bedeutung ist, wenn er auf Verschulden des Berechtigten beruht. § 1155 bildet eine Ausnahme, nicht einen Ausfluss, am wenigsten aber eine Ergänzung des § 1419 a. b. G. B. Es wäre auch in der That merkwürdig, wenn das Gesetz bei Feststellung der Grundregel für die *mora creditoris*, im § 1419, für unnöthig erachtete, besonders zu sagen, dass der Gläubiger auch für den Zufall hafte, dort aber, wo es nur von jener Grundregel specielle Anwendung machen wollte, dies erst noch eigener Hervorhebung werth hielte.

Dieser Einwand trifft allerdings nicht unmittelbar eine andere Ansicht, welche § 1155 a. b. G. B. in Beziehung bringt, statt zu § 1419 a. b. G. B., zu § 1311 a. b. G. B. Der oben besprochene Satz, dass der Besteller für den durch, „in seiner Person“ eingetretenen, Zufall veranlassten Zeitverlust den Arbeiter zu entschädigen habe, soll nur eine Consequenz der Regel sein, welche § 1311 a. b. G. B. aufstellt:<sup>1)</sup> „Der blosse Zufall trifft denjenigen, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet“. Für solchen Zufall müsse man immer und Jedermann gegenüber haften.<sup>2)</sup> Auf einem Umwege führt dies nun aber doch wieder zu demselben Gedanken zurück. § 1155 cit. behandelt einen speciellen Fall von *mora accipiendi*; und er bringt auf denselben nicht etwa singuläre Normen, sondern nur einen Grundsatz von allgemeiner Bedeutung zur Anwendung,<sup>3)</sup> einen Grundsatz also, der dann auch für jeden Fall des Annahmeverzuges gelten muss. Mit einem Worte, diese Ansicht kommt zu dem Schlusse — welchen allerdings, so viel ich sehe, ihre Vertreter nicht gezogen

---

<sup>1)</sup> Nippel VII, S. 414; Scheidlein Misc. IV, S. 74; Stubenrauch zu § 1155 Nr. 3.

<sup>2)</sup> Dies, nicht bloss der Satz, dass der durch den Zufall Betroffene keinen Ersatzanspruch habe, wird als „der eigentliche Inhalt des § 1311 pr.“ bezeichnet: Pfaff in Grünhut's Ztschr. VIII, S. 718, Nte. 262; Zeiller III, S. 736 f.; Scheidlein l. c. S. 73 ff.

<sup>3)</sup> Dabei entspinnt sich allerdings wieder ein Streit darüber, ob der Besteller blos für den „in seiner Person“ eingetretenen Zufall hafte, oder auch für „äussere“ Zufälle. S. gegen Zeiller III, S. 497, Stubenrauch l. c. und Nippel l. c.; über diese ganze unglückliche Unterscheidung aber die gute Kritik bei Hepp, Zurechnung, S. 200 ff.

haben<sup>1)</sup> — dass § 1419 a. b. G. B. aus § 1311 a. b. G. B. zu interpretiren sei. Damit ist das Erfordernis des Verschuldens für die mora creditoris geleugnet; vielmehr ist nach dem Sinne, den man § 1311 cit. beilegt, der Gläubiger haftbar für jede Zögerung in der Annahme der Zahlung, mag dieselbe in seinem Verschulden, oder in einem Zufalle ihren Grund haben, welcher sich „in seinem Vermögen oder seiner Person ereignet“ — in der That ein Princip, das in dem schroffsten Gegensatze steht zu dem bisher vertheidigten.

Ich will dem gegenüber davon schweigen, dass jener Grundsatz des § 1311 cit. denn doch nicht die Kraft haben dürfte, alle anderen Principien und alle aus einzelnen Vorschriften des Gesetzes sich ergebenden Folgerungen zu brechen,<sup>2)</sup> wie solche mit Bezug auf die mora in dem vorstehenden Abschnitte dargelegt worden sind; ich will auch darauf kein allzugrosses Gewicht legen, dass es immer auffallend bliebe, warum das a. b. G. B. jenes angeblichen Principes in § 1419 nicht mit einer Silbe gedenkt, während es in § 1155 darauf zurückkommt —: Die Hauptsache ist, dass die Auffassung des § 1311 a. b. G. B., auf welcher diese ganze Deduction beruht, zu solchen Complicationen führt, dass ich mich trotz allen Scharfsinns, der für dieselbe ins Treffen geführt worden ist,<sup>3)</sup> mit ihr nicht befreunden kann. Eine eingehende Prüfung dieser Frage müsste über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen. Ich muss mich an dieser Stelle damit begnügen, darauf hinzuweisen, dass die Widersprüche, zu welchen jene weitgehende Interpretation des § 1311 cit. führt,<sup>4)</sup> sich in

---

<sup>1)</sup> Aehnlich aber für das gemeine Recht Goose l. c. S. 199 f. Zeiller III, S. 770 f. beruft sich darauf in Betreff der mora solvendi.

<sup>2)</sup> Wie jeder derartige allgemeine Grundsatz, kann er nur so weit gelten, als ihm nicht auf speciellem Gebiete ein anderer entgegensteht.

<sup>3)</sup> Die älteren Schriftsteller berufen sich allerdings nur auf die „Vernunftlehre“. S. Scheidlein l. c. S. 76.

<sup>4)</sup> Einiges Gewicht ist übrigens auch wohl darauf zu legen, dass der Ausdruck „der Zufall trifft denjenigen, in dessen Vermögen er sich ereignet“ — wie schon Nippel VIII 1, S. 141 bemerkt hat — seinem natürlichen Sinne nach doch nur bedeutet, der Schade bleibe bei dem, den er zuerst ergreift, nicht aber der Letztere habe einem Anderen dafür Ersatz zu leisten. Deut-



besonders grellem Lichte zeigen, wenn man versucht, mit deren Anwendung auf die *mora creditoris* Ernst zu machen.

Der Gläubiger hätte im Sinne dieser Theorie für die Verzögerung der Leistung zu haften, wenn dieselbe ihren Grund hat 1. in seinem *dolus* oder seiner *culpa*, 2. in einem Zufalle, der sich in seiner Person, und 3. in einem Zufalle, der sich in seinem Vermögen ereignet hat.

Mit gutem Grunde hat man zunächst darauf aufmerksam gemacht, dass die Codificatoren, hierin in thatsächlicher Uebereinstimmung mit den römischen Juristen, „den Begriff von Versehen nicht zu hoch angeben“, sondern die bei „gewöhnlichen Fähigkeiten“ zu erwartende Diligenz als Massstab gewählt wissen wollten.<sup>1)</sup> Zwischen dem absoluten Zufalle und der *culpa levis* liegt also ein Gebiet von Fahrlässigkeit, welche zu gering ist, um als *culpa levis*, und doch zu gross, um als „blosser Zufall“ im Sinne § 1311 *cit.* zu gelten. Für dies Gebiet fehlt es an jeder Norm über die Verantwortlichkeit.<sup>2)</sup> Hat also der Gläubiger absichtlich, oder aus einer Nachlässigkeit gezögert, so haftet er — im Sinne § 1295 a. b. G. B.; hat er die Leistung nicht angenommen, weil ein Schlaganfall ihn verhinderte, so haftet er — im Sinne § 1311 a. b. G. B.; hat er sich aber etwa diese Krankheit durch eine leise Unvorsichtigkeit zugezogen, so haftet er nicht! Eine Lücke, für die es von diesem Standpunkte durchaus keine Rechtfertigung giebt.

Und weiter — wenn es gilt einen Fall nach dem 3. Theile jener Regel zu beurtheilen: Der Schuldner bringt das Geld, mit dem er zahlen will, in des Gläubigers Wohnung. Ohne irgend einer Nachlässigkeit sich schuldig zu machen, ist derselbe abwesend. Der Schuldner, der unverrichteter Sache heimgeht, wird auf dem Wege beraubt, das Geld ist verloren. Ist dies ein Zufall, der

licher sagte in dieser Beziehung Westgal. G. B. III § 426: „Zufall.... schadet dem Eigenthümer.“

<sup>1)</sup> S. Zeiller bei Pfaff, Gutacht., S. 7. Vgl. § 1297 a. b. G. B.; dazu Unger, Syst. II, S. 244.

<sup>2)</sup> Hepp l. c. S. 191 f. Selbst die weiteste Ausdehnung des § 1310 a. b. G. B., wie sie Pfaff in Grünhut's Ztschr. VIII, S. 714 ff. vertritt, vermöchte diese Lücke nicht auszufüllen.

sich in dem Vermögen des Schuldners ereignet hat, dessen Geld geraubt worden ist — oder des Gläubigers, der sein Forderungsrecht nicht realisirt hat — oder etwa gar ein Zufall in der Person des Schuldners, den der Raubanfall betroffen hat? Die Antwort wird schwer zu geben sein.<sup>1)</sup>

Deshalb ist es besser, dem ersten Satze des § 1311 a. b. G. B. die bescheidenere Stelle zu lassen, die er seinem Wortlaute nach einzunehmen berechtigt ist. Er will nichts sagen, als dass Niemand wegen zufälliger Beschädigung Ersatz fordern kann<sup>2)</sup> — mag er das auch in der zur Zeit seiner Abfassung üblichen unglücklichen Form thun: „casum sentit dominus.“<sup>3)</sup> Hiemit enthält er auch mindestens keine grössere Trivialität als § 1306 a. b. G. B.,<sup>4)</sup> abgesehen davon, dass die Hervorhebung des Satzes als einer Folie für die nachfolgenden Sätze desselben § begreiflich erscheint, in welchen die Fälle eines nicht durch „blossen Zufall“ verursachten Schadens geregelt werden sollten.<sup>5)</sup>

Nach diesem Excursus darf wohl auch nach dieser Seite hin der Grundsatz festgehalten werden: Verzug des Gläubigers im technischen Sinne<sup>6)</sup> liegt nur dann vor, wenn der Gläubiger durch ein Verschulden die Erfüllung der Obligation verzögert.<sup>7)</sup>

<sup>1)</sup> Gegen die besprochene Auffassung des § 1311 a. b. G. B. s. auch Nippel VIII 1, S. 139; Winiwarter IV, S. 545 ff.; Zugschwerdt I. c. S. 45; Ellinger zu § 1311; Unger, Syst. II, S. 232, Nte. 13; vgl. auch Hepp I. c. S. 188 ff.

<sup>2)</sup> Cf. L. 23 D. de R. J.

<sup>3)</sup> Vgl. die oben S. 86, Nte. 4 angeführte Stelle des Westgal. G. B.; ferner die bei Pfaff in Grünhut's Ztschr. VIII, S. 718 Nte. 262 citirten Worte Zeiller's. Nach alledem kann man doch wohl § 1155 a. b. G. B. als eine der wenigen Stellen (vgl. § 46 a. b. G. B.) bezeichnen, in welcher ausnahmsweise die naturrechtliche Doctrin von der Haftung für Zufall zum Durchbruch gelangt ist, wie das schon Dolliner, Eher. I, S. 21 bemerkt hat; vgl. auch Winiwarter IV, S. 355.

<sup>4)</sup> Dessen „Regel“, dass man für unverschuldete Beschädigung nicht hafte, auch nur als Grundlage für die folgenden Ausnahmen dasteht.

<sup>5)</sup> Vgl. Scheidlein I. c. S. 71 über den Begriff des „blossen Zufalls“. S. auch die vorige Note.

<sup>6)</sup> D. i. im Sinne des § 1419 a. b. G. B. eine Zögerung, deren „widrige Folgen auf den Gläubiger fallen“.

<sup>7)</sup> So auch für das österreichische Recht Unger S. 127; vgl. Syst. II, S. 545, Nte. 39; Dworzak in Haimerl's Vtljrschr. II, S. 199, Nte. 1; Swoboda, Ger.-Ztg. 1864 Nr. 77; Fr. Hofmann I. c. S. 54 f. Dagegen

Mit diesem Principe steht das a. b. G. B. auf dem Boden der zur Zeit seiner Abfassung herrschenden gemeinrechtlichen Theorie<sup>1)</sup>, und folgt es, wie in so vielen anderen Punkten, dem preussischen Landrechte. Dies letztere enthält zwar eine ausdrückliche Aufzählung der Voraussetzungen der mora accipiendi nicht.<sup>2)</sup> Allein es giebt für das Verhältnis zwischen Käufer und Verkäufer in deutlicher Form eine „mit der ihm eigenthümlichen Energie durchgearbeitete Culpatheorie“.<sup>3)</sup> Da werden die Gränzen der Ersatzpflicht bestimmt, wenn „der Käufer den Verzug der Uebergabe verschuldet“ hat — I; 11 § 98 — oder wenn er „durch seine Schuld die Uebernahme verzögert“, oder „Schuld daran ist, dass die Sache nicht zur gehörigen Zeit übernommen worden“ — I; 11 §§ 102, 103.<sup>4)</sup> Bei unverschuldeter Verzögerung aber wird — I; 11 § 99 — als einzige Rechtsfolge die Zulässigkeit des Erfüllungssurrogates der gerichtlichen Hinterlegung statuirt.<sup>5)</sup> So zweifelt denn auch die preussische Jurisprudenz nicht an dem Requisite des Verschuldens für die mora des Gläubigers.<sup>6)</sup>

---

vertritt, im Anschlusse an Schöman (s. oben S. 16, Nte. 2), Zeiller IV, S. 124 (vgl. III, S. 770) die Ansicht, dass die mora creditoris culpa nicht voraussetze; ebenso Stubenrauch II, zu § 1419; Kirchstetter bei § 1334; Strohal, Gutacht., S. 167, Nte. 1.

<sup>1)</sup> Ueber die ältere Literatur vgl. Madai § 1. S. ferner Höpfner, Comm. zu den Heineccischen Inst. (1793) § 755; Wehrn § 44; Glück IV, S. 402; Mühlenbruch, Pand. Th. II § 356; Thibaut, Pand. § 102; Göschen, Vorl. II, 2, § 416. Schöman's Buch über den Schadenersatz, welches gerade in der Zeit des Abschlusses der Codificationsarbeiten erschien, hat zwar Zeiller's Ansicht beeinflusst, aber, wie im Texte zu zeigen versucht ist, das Gesetzbuch selbst von dem bis dahin gewohnten Wege doch wohl nicht abgedrängt.

<sup>2)</sup> Pr. L. R. I; 16 § 218, welchen Koch, Recht d. Fdg. I, S. 356 anführt, spricht zum mindesten nicht deutlich. Zweifelhaft ist auch der mit § 218 cit. ähnliche Passus des Cod. Max. Bav. IV. Th. Cap. 14 § 15: „Da 5<sup>to</sup> die Annahme auf Seite des Creditoris ohne rechtserheblicher Ursache verweigert wird.“ Beide Stellen erinnern an L. 72 pr. D. de solut. 46, 3, über welche oben S. 78 f.

<sup>3)</sup> Kohler S. 418.

<sup>4)</sup> Vgl. auch L. R. I; 11 § 216, § 939.

<sup>5)</sup> Vgl. dazu gegen Kohler's Bemerkung S. 420 oben S. 54.

<sup>6)</sup> Koch l. c. I, S. 364 ff.; Bornemann, Preuss. Civilr. II, S. 322 ff.

Aber auch den neueren deutschen Codificationen gegenüber<sup>1)</sup> steht das a. b. G. B. mit seiner Theorie nicht auf einem Sonderstandpunkt. Die Culpatheorie findet sich auch im sächs. brgl. Ges. B. § 746,<sup>2)</sup> und übereinstimmend im Dresd. Entw. Artt. 309, 311, im Hess. Entw. IV. Art. 246 f. und im Bair. Entw. II. Art. 128. Das Schweiz. Bundesges. über Obligationenrecht vom Jahre 1881 geht allerdings von dieser Theorie ab, wenn anders die Ansicht seiner Commentatoren über Art. 106 richtig ist. Dieser Art. bestimmt: „Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die Annahme der gehörig angebotenen Leistung oder die Vornahme der ihm obliegenden Vorbereitungs-Handlungen, . . . ungerechtfertigter Weise verweigert.“ Daraus, dass die Schlussworte an die Stelle der ursprünglich projectirten Fassung „ohne gerechten Grund“ getreten sind, soll nun folgen „dass ein Verschulden für den Verzug nicht nöthig ist“<sup>3)</sup> — eine Folgerung, die gewiss nicht unbedenklich erscheint, wenn man erwägt, nicht nur, dass Art. 106 cit. sich genau an die Formulirung der oben erwähnten deutschen Gesetze und Entwürfe anschliesst,<sup>4)</sup> sondern auch, dass die Worte „ungerechtfertigter Weise“, wenn sie nicht auf subjective Entschuldigungsgründe bezogen sein sollen, dem im ersten Satze des Artikels erwähnten Momente des „gehörigen“ Anbotes gegenüber einen Pleonasmus bilden würden. Es ist also mindestens zweifelhaft, ob das Schweizerische Gesetz mit der Norm des Art. 106 wirklich aus der Reihe aller der Gesetzgebungen herausgetreten ist, welche ein Verschulden des Gläubigers zu den Merkmalen des Begriffes der mora zählen.

---

Förster, Theorie u. Prax. I, S. 684 ff.; Dernburg II, S. 171; Kohler S. 418.

<sup>1)</sup> Der Code civ. spricht nicht ex professo von mora creditoris. Wohl aber kennt die französische Doctrin den Begriff der „demeure du créancier“, deren Wirkungen sie (s. Demolombe l. c. V. No. 140) aus Art. 1382 ableitet, damit das Princip der culpa anerkennend. Vgl. oben S. 48 Nte. 3.

<sup>2)</sup> Dass die in diesem § erwähnten „gerechten Gründe“ nicht blos, wie in L. 72 pr. D. de solut. 46 3, die in einem Mangel der Oblation gelegenen objectiven Gründe, sondern subjective Entschuldigungsgründe bedeuten, geht deutlich aus § 749 ebenda hervor. Vgl. auch Kohler S. 417.

<sup>3)</sup> Schneider und Fick, Comm. S. 106.

<sup>4)</sup> Eine ähnliche Fassung hat auch Zürich. G. B. § 960.

#### IV. Capitel.

### Das Verschulden als Element der mora creditoris.

#### § 15.

Sollte es gelungen sein, durch die Ausführungen des vorigen Capitels zu zeigen, dass die Zurückführung des Annahmeverzuges auf ein Verschulden des Gläubigers nicht nur ein Postulat allgemeiner Maximen des römischen, wie des österreichischen Rechtes ist, sondern dass dieselbe auch ihre Rechtfertigung in den Einzelentscheidungen dieser Rechte, sowie in den Normen der modernen Gesetzbücher findet, so darf deshalb doch immer nicht einer Frage aus dem Wege gegangen werden, die ihre Spitze gegen diese ganze Theorie kehrt. Kann man von einem Verschulden des Gläubigers in Bezug auf die Nichtannahme der Leistung überhaupt mit Fug sprechen? Lässt sich eine culpa dieser Art denken, oder spottet sie nicht vielmehr aller juristischen Construction? Man sieht, eine nähere Untersuchung dieser Frage hat nicht blos den Zweck, der Darstellung des Begriffs der mora creditoris einen systematisch befriedigenden Abschluss zu geben, sie ist vielmehr durchaus nothwendig; denn die Gegner unserer „Culpatheorie“ verneinen jene Frage, und damit finden sie in der von ihnen behaupteten begrifflichen Unmöglichkeit eines culposen Annahmeverzuges nicht nur das Motiv zur Aufstellung ihrer,<sup>1)</sup> sondern zugleich das

---

<sup>1)</sup> Vgl. das oben §§ 4—6 über Mommsen und Kohler Gesagte.

stärkste Argument<sup>1)</sup> zur Bekämpfung der hier verfochtenen Ansicht. Und, in der That, wenn es wahr ist, dass der Gläubiger durch Verzögerung der Annahme in ein Verschulden gar nicht verfallen kann, so sind alle bisherigen Deductionen mit einem Schläge ad absurdum geführt.<sup>2)</sup>

Indes, die Sache steht so schlimm nicht. Zu der Behauptung begrifflicher Unmöglichkeit einer culpa im Gebiete des Annahmeverzuges gelangen die Gegner auf dem Wege von Ausführungen, deren Kern der folgende Schluss ist. Man sagt: 1. Jedes Verschulden setzt eine Pflicht- bzw. Rechtsverletzung voraus; 2. die Annahme der geschuldeten Leistung bildet nicht den Inhalt einer Pflicht des Gläubigers oder eines Rechts des Schuldners — „von einer Pflicht- und Rechtsverletzung des Gläubigers ist daher im Falle der Nichtannahme keine Rede, ebenso wenig von einer Charakterisirung dieser Pflichtverletzung nach dolus oder culpa.“<sup>3)</sup> Mag also der Gläubiger aus welchem Grunde immer die Annahme verweigern, aus Irrthum, aus Leichtsinne, aus Caprice, immer bedeutet das nur Nichtgebrauch seines Rechts. Das bleibt seine Sache und möglicher Weise auch sein Schade, von „Verschulden“ aber kann man dabei so wenig sprechen, wie überhaupt in Bezug auf das Vorgehen eines Menschen in seinen eigenen Angelegenheiten.<sup>4)</sup>

Beide Prämissen des obigen Schlusses sind richtig. Allein bei der Conclusion unterläuft ein logischer Fehler: man übersieht, dass von „Pflicht“ und „Recht“ in den beiden Sätzen, welche zu Grunde gelegt werden, in ganz verschiedener Bedeutung die Rede ist. Kommt es mir nun hier auch wesentlich nur darauf

---

<sup>1)</sup> Vgl. Kohler S. 409.

<sup>2)</sup> Darauf, dass einzelne Quellenstellen von „culpa“ sprechen (so Nov. 91 c. 2, oder L. 6 § 1 D. quib. mod. pign. 20, 6; vgl. auch z. B., § 1155 a. b. G. B.), dürfte man sich dem gegenüber natürlich nicht berufen, vielmehr müsste dies lediglich als ein incorrecter Ausdruck erklärt werden.

<sup>3)</sup> Kohler S. 268 f. Ebenso aber schon Mommsen S. 3, 134, und, ihm folgend, Heimbach im R. L. XII, S. 840, 914; vgl. auch Fritz, Erläut. II, S. 358.

<sup>4)</sup> Hierüber vgl. unten S. 98 f.

an, den Fehler dieser Schlussfolgerung klarzulegen, so wird doch auch eine etwas nähere Betrachtung der Prämissen einiges für den Zweck dieser Untersuchung beizutragen vermögen. Zunächst sei von dem Untersatze jenes Syllogismus die Rede.

Dass der Gläubiger der Berechtigte im Obligationsverhältnisse ist, der Schuldner der Verpflichtete, dass daher letzterer aus der obligatio<sup>1)</sup> nichts zu fordern, ersterer nichts zu leisten hat, dass endlich der Gläubiger, welcher die geschuldete Leistung annimmt, damit nicht eine Pflicht erfüllt, sondern ein Recht ausübt — alles das ist ein so einfacher Gedanke, dass er kaum eines Beweises bedarf. Liegt doch der einzige Grund der entgegengesetzten Meinung darin, dass eine, vielleicht nur zu sehr verfeinerte, Theorie zum Behufe der Construction gewisser Rechtsverhältnisse — vor allen aber der mora accipiendi — die Proclamirung eines Rechts des Schuldners auf Annahme seiner Leistung für nöthig erachtet hat.<sup>2)</sup> Dies letztere hat Kohler mit Recht als „einen der fundamentalsten Irrthümer in der Lehre des Obligationenrechts“ bezeichnet.<sup>3)</sup> Und gewiss ist auch damit nichts gewonnen, wenn man dem Schuldner ein Recht, nicht auf Annahme der Leistung, sondern auf seine Liberirung zu-

---

<sup>1)</sup> Natürlich ist hiebei nur an die einseitige Obligation gedacht, resp. an die Verpflichtung der einen Seite in zweiseitig verbindlichen Verträgen. Fälle, wie die in L. 9 D. de A. E. V. 19, 1 und L. 16 D. praescr. verb. 19, 5 (vgl. Mommsen S. 134, Nte. 3) behandelten, gehören daher nicht hieher, weil sie zugleich eine vertragsmässig übernommene Pflicht zur Wegnahme der zu liefernden Sache im Auge haben. Aehnlich steht es wohl bezüglich §§ 1047, 1062 a. b. G. B.; vgl. Scheidlein, Kauf II, S. 150 f. Thöl l. c. I, 2, S. 288 f.; Dernburg II, S. 169 Nte. 2.

<sup>2)</sup> Stillschweigend geht die ganze ältere Lehre von der mora accipiendi von diesem Recht auf Annahme aus. Besonders hervorgehoben ist dasselbe z. B. bei Wolff S. 406 (vgl. aber S. 490); Molitor l. c. No. 320; aber auch bei Voigt J. N. III, S. 539, Nte. 886; Rivier in Holtzendorff's Rechtslex. v. mora Z. 2; Manns l. c. S. 5; Waldberg S. 13; Bernstein, Alternat. Willen S. 21; Baron § 241; Demolombe l. c. V, No. 63: „Ce n'est pas seulement un devoir, pour le débiteur, de payer; c'est aussi un droit!“

<sup>3)</sup> Kohler S. 267. Ebenso schon die oben S. 92, Nte. 3 citirten Schriftsteller; ferner Luden in Weiske's R. L. III, S. 312; Sintenis l. c. II, § 93, Nte. 50; Windscheid II, § 347, Nte. 1; und von österreichischen Schriftstellern. Turnes, Jurist IV, S. 53 f.; Hasenöhr l. c. S. 292, Nte 6.

spricht, mit anderen Worten einen alternativen Anspruch auf Annahme oder Erlass der geschuldeten Leistung.<sup>1)</sup> Zwischen dem Gebrauch und dem Aufgeben eines Rechtes liegt ein erlaubtes Drittes, der einfache Nichtgebrauch desselben, und die Behauptung jener Alternative ist um nichts besser, als wollte man den Satz aufstellen, der Eigenthümer eines Hauses müsse dasselbe entweder benützen, oder derelinquiren.<sup>2)</sup>

Der Schuldner hat also kein Recht auf Liberirung. Wohl aber hat er ein Interesse, theils moralischer, theils materieller Art, von seiner Obligation befreit zu werden, sei es nun durch Erfüllung derselben, oder auf andere Art.<sup>3)</sup> Und dies Interesse ist zu wichtig, als dass irgend ein Recht geschlossenen Auges an demselben vorübergehen könnte. Jedoch gibt es verschiedene Arten, Interessen rechtlich zu berücksichtigen. Das directe und deshalb für den Interessenten befriedigendste Mittel ist es, wenn das Recht das, was das Interesse der einen Person verlangt, concret formulirt, derjenigen anderen Person zur Pflicht macht, gegen

---

<sup>1)</sup> Windscheid, Heidelberg. krit. Ztschr. III, S. 269. Ulrich l. c. S. 2 f. Aehnlich Dernburg II, S. 169.

<sup>2)</sup> Vielleicht erinnert man sich hiebei der *cautio damni infecti*, deren Wesen füglich darin zu bestehen scheint, dass mein Nachbar sein Haus entweder wie ein ordentlicher Hausherr benützen, oder dessen Eigenthum aufgeben muss (L. 7 § 2 D. de damn. inf. 39, 2 spricht sogar das Wort „derelinquere“ aus!). Allein abgesehen davon, dass vom Standpunkt des römischen Rechts diese Verpflichtung des Eigenthümers gewiss nicht aus seinem Rechte folgt — sie musste durch besonderen Rechtsact erst begründet werden: L. 44 pr. h. t. 39, 2; vgl. Ihering, Schuldnom. S. 27, Windscheid II, S. 723, Brinz I, S. 673 ff. — genau besehen liegt die Sache hier ganz so, wie sich das unten (S. 105 f.) für die *mora creditoris* zeigen wird. Der Eigenthümer, welcher die Reparatur seines Hauses unterlässt, geht damit über die Schranken seines Rechts — denn solche hat auch das Eigenthum (s. jetzt die interessanten Ausführungen von Burckhard, *actio aq. pluv. arcend.* S. 121 ff.; Hartmann, *Jhrb. f. d. Dgm.* XVII, S. 125) — hinaus. Damit allein ist er noch nicht in culpa, aber damit ist die Möglichkeit seines Verschuldens und seiner Ersatzpflicht gegeben. Nur die Besonderheit besteht, dass er, wie der mit einer Noxalklage Belangte, sich durch Aufgeben des Hauses jeder Haftung ent schlagen kann. — Vgl. auch Magas, *Nachbarr.* S. 49.

<sup>3)</sup> Auch Madai S. 227 spricht nur vom „Interesse“ des Schuldners; daher thut ihm Kohler S. 266 Unrecht, wenn er ihn zu den Anhängern eines „Rechts“ auf Befreiung zählt. Vgl. auch Zeiller IV, S. 132.



welche sich dies Verlangen richtet. Die Befriedigung jenes Interesses ist dadurch gesichert, das „Verlangen“ zu einem „Anspruch“<sup>1)</sup> geworden, und die zum Schutze ihres Interesses der einen Person gegen eine, oder mehrere, andere Personen gewährten Ansprüche machen das subjective Recht der ersteren aus.<sup>2)</sup>

Allein nicht immer wählt der Gesetzgeber diesen Weg, und kann er ihn wählen; denn er hat zwischen widerstreitenden Interessen zu vermitteln und kann nicht immer Alles dem Einen geben. So auch hier.<sup>3)</sup> Der Schuldner hat das grösste Interesse an der Lösung der Obligation. Allein diesem gegenüber steht das Interesse des Gläubigers an der freien Disposition über seine Rechte; und so wird trotz jenem Bedürfnis des Schuldners der Gläubiger nicht verpflichtet zur Annahme der Leistung, der Schuldner erhält keinen Anspruch auf Liberirung.<sup>4)</sup> Wohl aber erhält er andere Mittel zur Sicherung seines Interesses:<sup>5)</sup> Er kann vor allem durch Erfüllungssurrogate sich ohne Mithilfe des Gläubigers frei machen; aber auch schon die nachtheiligen Wirkungen der Zögerung des Gläubigers werden zu seinen Gunsten paralysirt durch den Inbegriff aller der vom Rechte normirten Consequenzen der mora creditoris, welche mit dem Schlagworte der „Exculpirung“ bezeichnet worden sind. Immer aber bleibt es dabei, dass der Schuldner keinen Anspruch, und somit kein Recht auf Annahme der Leistung gegen seinen Gläubiger besitzt. Damit gelange ich zu dem Schlusse: Der Schuldner hat an der Liberirung ein Interesse, zu dessen Sicherung ihm zwar verschiedene Rechtseinrichtungen

---

<sup>1)</sup> Näheres hierüber s. bei Schey in Grünhut's Ztschr. VII, S. 764 ff.

<sup>2)</sup> Schey in Grünhut's Ztschr. IX, S. 362. Eine im Wesentlichen mit der dort vertretenen übereinstimmende Auffassung des subjectiven Rechts legt jetzt auch Bierling, Jurist. Grundbegr. II, S. 49 ff. dar.

<sup>3)</sup> Vgl. oben S. 28.

<sup>4)</sup> Vgl. Puchta, Dienst d. deutsch. Justizämter, II, S. 595; Madai S. 228; Koch l. c. II, S. 676; Windscheid § 347, Nte. 1; Kohler S. 273 ff. besonders gegen Römer, Abhandl. I, S. 143 ff.

<sup>5)</sup> Vgl. die vorige Note, ferner Donellus l. c. Nr. 1; Sintenis II, S. 221; Mommsen S. 134. Besondere Rechtsfolgen statuiren beispielsweise auch Artt. 19, 31 W. O.

dienen, aber kein Anspruch gegeben ist — ein „rechtlich geschütztes Interesse“, aber kein „Recht im subjectiven Sinne“. <sup>1)</sup>

An dieser Erkenntnis darf es uns auch nicht irre machen, dass römische Quellen und moderne Codices an manchen Stellen von einer „Pflicht“ des Gläubigers zur Annahme der Leistung sprechen. Sie wollen damit keineswegs dem Schuldner eine Klage auf diese Annahme gewähren. Was sie damit sagen wollen, ist nur, dass in den und den Fällen das Interesse des Schuldners an der Obligationserfüllung anerkannt und durch diejenigen Mittel, welche überhaupt diesem Zwecke dienen, geschützt sei. <sup>2)</sup> Dies gilt beispielsweise <sup>3)</sup> von L. 1, L. 2 D. de sol. 46, 3; während an anderen Stellen die Rechtsfolge der verweigerten Annahme ganz correct bezeichnet, ja sogar die Klage auf Geltendmachung der Forderung ausdrücklich als unzulässig erklärt wird: s. L. 1 § 2 C. de commun. serv. 7, 7; L. 4 C. de us. pupill. 5, 56. Gerade so sind auch die Stellen zu beurtheilen, in welchen das a. b. G. B. in jenen Sprachgebrauch verfällt: §§ 462, 1413, 1422, 1423 a. b. G. B. <sup>4)</sup>

Ich wende mich nun zu dem Obersatze des Syllogismus

<sup>1)</sup> Hierin zeigt sich — wenn das per incidens bemerkt werden darf — dass Ihering's bekannte Rechtsdefinition nicht zureicht, weil sie auf das „formale“ Element zu wenig Gewicht legt (vgl. Schey l. c. VII, S. 760 ff.; Bierling l. c. S. 57 ff.; Thon, Rechtsnorm S. 216 ff.). Die Unterscheidung, auf welche die Ausführungen des Textes hinauskamen, möchte sich wohl auch sonst noch fruchtbar erweisen. Vielleicht liegt z. B. in dem Gegensatze zwischen „rechtlich geschütztem Interesse“ und subjectivem Recht eine Hilfe für die Schwierigkeiten der Besitzlehre (vgl. Bekker, Besitz S. 362 f.).

<sup>2)</sup> So wie auch der Schuldner in einer Naturalobligation „per abusionem“ als verpflichtet bezeichnet wird (L. 41 D. de pecul. 15, 1), obgleich ihm gegenüber der „Gläubiger“ nicht durch actio (L. 10 D. de V. S.), sondern nur durch gewisse indirect wirkende Mittel geschützt ist. (Zu viel gesagt ist es, wenn jetzt Ryck, Schuldverh. S. 26 meint, die Naturalobligation habe „civilrechtlich rein thatsächliche Bedeutung“.)

<sup>3)</sup> Nicht hieher gehört L. 21 D. de R. C. 12, 1 und L. 30 D. de solut. 46, 3; vgl. Mommsen S. 135, Nte. 3 und oben S. 77 Nte. 4. Unverfänglich ist der Ausdruck „solvere licet“, s. z. B. L. 53 D. de solut. 46, 3.

<sup>4)</sup> Ob auch §§ 1154, 1047, 1062 a. b. G. B. hieher zu zählen sind, mag bezweifelt werden. Vgl. oben S. 93, Nte. 1. — Aehnlich das preuss. L. R. I; 16, §§ 56, 258; Code civ. Artt. 1243 s.; Sächs. G. B. § 690; Schweiz. Obl. R. Art. 98. Vgl. noch unten S. 111 ff.

zurück, welcher den Anlass zu diesen Erörterungen geboten hat. Selbstverständlich kann es dabei nicht meine Absicht sein, in eine Erörterung des Wesens der culpa weiter einzugehen, als dies gerade für den Zweck dieser Untersuchung unbedingt erforderlich erscheint.

In dem Begriffe des Verschuldens, so wie derselbe für das Privatrecht in Betracht kommt, lassen sich drei Elemente unterscheiden:

a) Eine Handlung oder Unterlassung, welche sich, im Ver gleiche mit dem Vorgehen eines umsichtigen und gewissenhaften Mannes, als ein Fehler darstellt, als eine Nachlässigkeit im weitesten Sinne des Wortes, wenn anders es gestattet ist, hierunter sowohl die böse Absicht als auch die Nachlässigkeit im engeren Sinne mit ihren Abstufungen zu verstehen:<sup>1)</sup> „non esse provisum, quod a diligenti provideri poterat.“<sup>2)</sup>

b) Die Uebertretung eines Rechtsgebotes oder Verbotes, die Verletzung einer Rechtspflicht durch jene „Negligenz“. Die Römer sprechen in diesem Sinne von einer „injuria“,<sup>3)</sup> die Neueren von

---

<sup>1)</sup> Es mag gewagt erscheinen, wenn dieser Ausdruck auf dolus und culpa bezogen wird; allein es ist eine technische Bezeichnung für das im Text gemeinte nicht üblich, und eine bessere steht kaum zu Gebote. Man kann ja wohl, ohne missverstanden zu werden, behaupten, im Wesen des „diligens“ liege auch, dass er nicht dolo malo vorgehe. Auch die Quellen brauchen den Ausdruck „negligere“ für absichtliches Delinquiren: L. 1 § 3 D. de leg. Cornel. 48, 10; L. 7 § 7 (cf. L. 5 § 9) D. de administr. 26, 7. (S. aber Pernice, *Labeo II*, S. 57 f.) Gegen die Zusammenfassung von dolus und culpa überhaupt ist aber nichts einzuwenden, wenn einmal erkannt ist, dass beide auf einem Willensfehler beruhen (s. gegen Schlossmann, *Vertrag* S. 323 Thon l. c. S. 78, Nte. 20; gegen die Unterscheidung des Westgal. G. B. III, § 420 s. Unger, *Syst. II*, S. 235, Nte. 9; Pfaff, *Gutacht.* S. 25, Nte. 78). Vgl. auch Wharton l. c. § 5: „Negligence, in a very large sense, may include malice;“ ein guter Ausdruck für diesen allgemeinsten Begriff ist „inadvertence“ (ebenda § 11). — Bar (*Grünhut's Ztschr.* IV, S. 31 ff.) bezeichnet dies Moment mit der „Regel des Lebens“; nicht sehr glücklich sagt Hasse l. c. S. 49: „Das Verhältnis des Handelnden zur Handlung, in welchem Zurechnung eintritt“.

<sup>2)</sup> L. 31 D. ad leg. Aquil. 9, 2. Cf. L. 213 § 2, L. 223 pr. D. de V. S.

<sup>3)</sup> „Quod non jure factum est“: L. 5 § 1 D. ad leg. Aquil. 9, 2.  
v. Schey, *Mora creditoris.*

einer „Normwidrigkeit“.<sup>1)</sup> Den Namen mag man erst noch wählen, die Sache selbst ist klar.<sup>2)</sup>

c) Ein Schaden, als die Wirkung jener Handlung oder Unterlassung, welche die Merkmale der negligentia und injuria an sich trägt.<sup>3)</sup> Die schwierigen Fragen des Causalzusammenhanges, welche gerade in diesem Gebiete spielen, interessiren hier weiter nicht.

Dass das Zusammentreffen dieser drei Elemente die Zurechnung einer Beschädigung zur Schuld<sup>4)</sup> begründe, erweist sich auch als die Auffassung des a. b. G. B., aus dessen Bestimmungen alle drei, wenn auch in umgekehrter Reihenfolge, hervorgehen, indem es handelt von einem „Schade“ (§ 1293 a. b. G. B.), welcher aus einer „widerrechtlichen“ Handlung oder Unterlassung entspringt, die sich in „böser Absicht“ oder in einem „Versehen“ „gründet“ (§ 1294 a. b. G. B.).<sup>5)</sup>

Es ist klar, dass die Handlung eines Menschen, auch ohne jede Beziehung desselben zu anderen, die Merkmale, welche oben unter a und c betrachtet sind, an sich tragen kann, obgleich davon begreiflicher Weise im Rechte selten die Sprache ist. Der einfache Hinweis auf die Redeweise des gewöhnlichen Lebens genügt, um zu zeigen, dass man sich „einen Schaden durch eigene Nachlässigkeit“ zufügen, an seinem Unglück „selbst schuld“ sein kann.<sup>6)</sup> Ja, selbst Juristen und Gesetze sprechen in solchen

<sup>1)</sup> Binding, Norm. I, S. 135; Thon l. c. S. 78; Pernice, Labeo II, S. 4; Pfaff, Gutacht. S. 25, Nte. 76; vgl. Hasse l. c. S. 42.

<sup>2)</sup> S. dagegen aber Cohnfeldt l. c. S. 27 f.: „Es sind Gebote der Moral“, um deren Verletzung es sich handelt!

<sup>3)</sup> Die ältere römische Sprache bezeichnete den Schaden in diesem Sinne prägnant als „fraus“; vgl. Voigt, „Bedeut. = Wechsel gewisser Ausdrücke“ in den Abhdl. der kgl. sächs. Ges. d. Wiss. XVI. Bnd. (1874), S. 109 ff. — Vgl. L. 49 § 1 D. ad leg. Aquil. 9, 2.

<sup>4)</sup> Sie sind klar hervorgehoben schon in der meisterhaften Definition der culpa bei Donellus, Comm. de jure civ. XVI, c. 7: „Culpa est omne factum inconsultum, quo nocetur alii injuria“ (vel „ommissum“). Vgl. auch Wharton l. c. § 3: „such an inadvertent imperfection . . . in the discharge of a legal duty, as produces, in an ordinary and natural sequence, a damage to another.“

<sup>5)</sup> Vgl. auch Pfaff l. c. S. 25; Zeiller III, S. 702 f.

<sup>6)</sup> S. L. 16 D. ex quib. c. maj. 4, 6: „non enim negligentibus subvenitur“;

Fällen von „negligentia“ und „culpa“,<sup>1)</sup> von „Schuld“ und „Verschulden“.<sup>2)</sup> Es kann das umsoweniger auffallen, als der römische „Mustermann“ des „diligens paterfamilias“ die Sorgfalt, wegen deren er als Massstab für alle anderen hingestellt wird, gewiss zunächst im eigenen Hause zu bewähren hat. In diesem Sinne könnte also ohne weiteres der Begriff der culpa auf das Gebahren eines Menschen auch ohne jede Rücksicht auf fremde Rechte angewendet werden.<sup>3)</sup> Doch will ich hierauf nicht zu viel Gewicht legen. Ist die culpa in diesem Sinne auch gewiss nicht ohne jede rechtliche Bedeutung,<sup>4)</sup> so möchte ich doch nicht bestreiten, dass diese weitere Anwendung des Begriffs nicht die gewöhnliche ist, sowie, dass das „Verschulden“, wo es die Grundlage zu Ersatzpflichten gegen andere Personen bilden soll,<sup>5)</sup> in dieser Weise nicht aufgefasst werden kann. In allen diesen

---

L. 23, § 3 D. ad S. C. Treb. 36, 1: „rebus suis consueta negligentia“. — Vgl. § 443 a. b. G. B.: „...leidet in allen Fällen für seine Nachlässigkeit.“

<sup>1)</sup> L. 44 pr. D. de damn. inf. 39, 2: „mea culpa damnum passus“; L. 23 § 8 D. de aed. ed. 21, 1: „sua culpa“. Cf. L. 29, § 1 D. de evict. 21, 2: „culpa vel sponte“; L. 56 § 3 eod.; L. 26 § 7 D. mand. 17, 1. Dahin gehört auch die oben besprochene L. 203 D. de R. J.

<sup>2)</sup> S. §§ 1304, 1398, vgl. auch §§ 876, 1288, 1290, 1308, 1362, 1454 a. b. G. B.

<sup>3)</sup> Vgl. Mommsen, Beitr. II, S. 159 f.; Bar. Causalzus. S. 28, 131. Dagegen s. Pernice. Sachbesch. S. 174; Demelius l. c. S. 64: „Die Vernachlässigung der eigenen Angelegenheiten ist zunächst gar nicht culpa“ (vgl. ebda. S. 78); Pfaff, Gutacht. S. 35, Nte. 101; Hasenöhr l. c. S. 262, Nte. 72. — So viel ist allerdings klar, dass „culpa“, wenn man den Ausdruck in diesem Sinne gebraucht, sich von dem gewöhnlichen Rechtsbegriff der culpa durch den Mangel des oben ad b angeführten Elementes unterscheidet; denn eine Pflicht zur Sorgfalt in rebus suis giebt es nicht. Deshalb kann dieser Begriff noch nicht als logisch unmöglich gelten. Wo übrigens eine Gesetzgebung so weit geht, ihren „Unterthanen“ „Pflichten gegen sich selbst“ vorzuschreiben — so thatsächlich Preuss. L. R. I; 3 § 28 — da giebt es dann eine „eigene Schuld“ in optima forma.

<sup>4)</sup> So gerade in der Lehre von der Culpacompensation, s. oben § 11.

<sup>5)</sup> Um solche handelt es sich aber auch bei der mora creditoris. Für deren Construction reicht aber dieser Begriff von culpa auch schon deshalb nicht aus, weil es in zahlreichen Fällen gewiss sehr zweifelhaft sein wird, ob die Verzögerung der Annahme durch den Gläubiger, vom einseitigen Standpunkte dieses letzteren aus betrachtet, als Nachlässigkeit gelten kann. Vgl. dazu noch unten S. 132.

Fällen erfordert die culpa zweifellos auch das Element, welches oben unter b genannt worden ist, die „Normwidrigkeit“, oder, wie andere lieber sagen, die Verletzung einer Rechtspflicht.<sup>1)</sup>

Allein dies Erfordernis darf nicht falsch verstanden werden. Ohne Verletzung eines Rechtsgebotes, einer Rechtspflicht keine culpa — wohl aber ohne Verletzung eines subjectiven Rechts, ohne Uebertretung der dem individuellen Rechte eines Anderen entsprechenden Verpflichtung.<sup>2)</sup> Es giebt zahllose Fälle, in welchen man im Zuwiderhandeln gegen eine Rechtspflicht — „in-juria“ — einen Anderen beschädigen kann, ohne damit einen concreten Anspruch desselben zu brechen, Fälle einer schuld-baren Beschädigung, die nicht zugleich ein Eingriff in das subjective Recht eines Anderen ist. Will man das, einer modernen Terminologie folgend, so ausdrücken, so mag man sagen, es seien dies Fälle, in welchen die Norm, in deren Uebertretung die culpa begründet ist, nicht zugleich dem Beschädigten ein Recht im subjectiven Sinn gegeben hatte. Das äussere Kennzeichen davon ist, dass durch ein Verschulden dieser Art eine Obligation zwischen zwei Personen entsteht, welche früher keinerlei Rechtsverhältnis verband, auch nicht einmal das negative Verhältnis, wie es zwischen dem an einer Sache dinglich Berechtigten und allen anderen Menschen besteht. Der Delictsanspruch ist der erste zwischen beiden entstehende Anspruch.<sup>3)</sup>

<sup>1)</sup> Auch § 1294 a. b. G. B. nimmt das Merkmal der „Handlung eines Anderen“ in die Begriffsbestimmung auf. Vgl. auch Zeiller III, S. 702 und die Definitionen oben S. 98, Nte. 4. Darauf geht wohl auch die Bemerkung von Brinz II, S. 308: „Ohne Zweifel kann man bei dieser mora (creditoris) . . . von einer «Schuld» des Gläubigers sprechen . . . allein von einer Verschuldung kann gleichwohl keine Rede sein.“

<sup>2)</sup> Gegen diese Verwechslung, welche alle diejenigen begehen, die ein Verschulden des Gläubigers von vorneherein für ausgeschlossen halten, weil der Schuldner kein Recht auf Annahme hat (vgl. aber auch Unger, Syst. II, S. 229, 237), s. die treffenden Ausführungen Binding's l. c. I, S. 190 ff.; Windscheid I, § 101; Brinz II, S. 154; Hasse l. c. S. 11; Pfaff l. c. S. 25, Nte. 76. — Eine bedenkliche Formulirung war Westgal. G. B. III, § 411: „Verschulden ist . . . eine freie Handlung . . . welche den Zwangspflichten gegen Andere zuwider läuft.“

<sup>3)</sup> Beispiele sind nicht schwer zu geben. Um von der Haftung für Personenverletzungen abzusehen — da hier die Annahme eines subjectiven

Giebt es aber, mehr oder weniger, derartige Fälle, so ist es irrig zu schliessen, wo vorher ein Anspruch des A gegen den B nicht existirte, da könne B gegen A nicht in „Verschulden“ gerathen,<sup>1)</sup> — und gerade diesen Fehlschluss thut die Deduction der Gegner in Bezug auf die *mora creditoris*. Sie sagt: Jede culpa setzt eine Recht- und Pflichtverletzung voraus — was richtig ist;<sup>2)</sup> — der Gläubiger ist zur Annahme der Leistung nicht verpflichtet, der Schuldner hat kein Recht auf dieselbe — was gleichfalls richtig ist; folglich kann die Nichtannahme der Leistung durch den Gläubiger unmöglich culpa sein — und das ist unrichtig! Die in der culpa liegende Pflichtverletzung ist nicht wesentlich die Verletzung einer concreten, einem subjectiven Rechte gegenüberstehenden, Verpflichtung, nicht ein Zuwiderhandeln gegen einen Anspruch, sondern gegen eine Rechtsnorm. Mit anderen Worten, aus den Prämissen der Gegner folgt nur, dass der Annahmeverzug nicht Verletzung einer Annahme- oder Liberirungspflicht des Gläubigers ist, ob aber der säumige Gläubiger nicht gleichwohl gegen eine Rechtspflicht verstösst und so in „culpa“ verfällt, ist damit nichts weniger als gewiss.

---

Rechts der Persönlichkeit nicht allgemein perhorrescirt wird (vgl. jetzt nur Windscheid I, § 39) — so gehören hieher die zahlreichen Fälle der *actio doli* (wo ist z. B. in dem Falle der L. 33 D. de dolo 4, 3 das subjective Recht, das zerstört worden wäre?), fast alle Anwendungsfälle der *actio Pauliana*, die Klage gegen denjenigen der „*impedit aliquem iudicio sisti*“ (L. 1 pr. D. de eo per quem 2, 10). — Soweit es sich um culpa, nicht um dolus handelt, ist das Verhältniss allerdings im römischen Rechte nicht so offenbar, weil die *actio legis Aquiliae* auf Sachbeschädigung beschränkt ist auf Fälle also, wo die Verletzung immer zugleich als Verletzung des Eigenthums oder eines anderen dinglichen Rechtes aufgefasst werden kann (vgl. übrigens Pernice, Sachbesch. S. 206 ff.). — Im österreichischen Recht stehen bei der allgemeinen Fassung des § 1295 a. b. G. B. in dieser Beziehung alle Grade des Verschuldens gleich. — Einen besonders lehrreichen Fall enthält § 46 a. b. G. B., welcher die Ersatzpflicht desjenigen statuirt, welcher zur Auflösung eines Verlöbnisses Ursache giebt, obgleich § 45 a. b. G. B. ausdrücklich erklärt, dass es einen Anspruch auf Erfüllung des Eheversprechens nicht giebt; vgl. Rittner, Eher. S. 360 f.

<sup>1)</sup> Ein Interesse des A muss allerdings vorliegen, welches verletzt erscheint. Dass es an einem solchen auf Seite des Schuldners bezüglich der Liberirung nicht fehlt, ist oben S. 94 ausgeführt.

<sup>2)</sup> In dem oben S. 99 f. angegebenen Sinne.

§ 16.

Giebt es nun aber auch wirklich eine Rechtspflicht des Gläubigers, welche, unabhängig von dem concreten Rechtsverhältnisse zwischen ihm und seinem Schuldner, Beachtung fordert, und in deren Uebertretung er „schuldig werden“ kann? Die Antwort auf diese Frage ergibt sich aus den Ausführungen des vorstehenden Paragraphen. Sprechen unsere Quellen unbedenklich von einer Haftung für dolus und culpa auch dort, wo von einer vorher bestehenden Pflicht zwischen Schädiger und Beschädigtem, von einem verletzten Rechte des Letzteren gegen den Ersteren überhaupt keine Rede ist, dann muss es eine Rechtspflicht geben, welche allgemeine Geltung hat, eine Pflicht, die gleichsam über allen speciellen Rechtsverhältnissen schwebt und Jedermann gegen Jedermann obliegt. Auch wer gegen diese verstösst, begeht eine „Widerrechtlichkeit“, eine „injuria“ nicht minder, als wer einem Eigenthumsanspruche, oder der Verbindlichkeit aus einer obligatio nicht Genüge thut.<sup>1)</sup> Diese allgemeine Rechtspflicht ist keine andere, als die in dem uralten „praeceptum juris“<sup>2)</sup> ausgesprochene: „Niemand zu schädigen“. Es wäre vielleicht eine lohnende Aufgabe, das Verhältnis dieser generellen Pflicht zu den aus speciellen Rechtsverhältnissen fliessenden Pflichten eingehender zu prüfen. Allein ich fürchte, zu weit von meinem Wege abzukommen. Die Existenz dieser Verpflichtung scheint mir schon durch das Vorstehende erwiesen.<sup>3)</sup> Für den Zweck dieser Zeilen genügt es, wenn ich, in mehr oder weniger aphoristischer Form, zur Illustration des Gesagten einige Bemerkungen folgen lasse, die auch von der Theorie der mora nicht ausser Acht gelassen werden können.

Die Grenzen zwischen den Rechtssphären der einzelnen

---

<sup>1)</sup> Vgl. § 1295 a. b. G. B.; dazu Pfaff l. c. S. 24 f.

<sup>2)</sup> L. 10 § 1 D. de J. et J. 1, 1.

<sup>3)</sup> Wenn Hasse l. c. S. 12 dagegen bemerkt, aus dieser Voraussetzung würde folgen, „dass man nie durch Concurrenz in Handelsspeculationen dem Andern einen Verlust an Vermögen zuziehen dürfe“, so trifft das nicht zu. Die Haftung ist in solchen und ähnlichen Fällen, wie mir scheint, ausgeschlossen. nicht wegen fehlender Normwidrigkeit, sondern wegen des Mangels der „Regelwidrigkeit“ solchen Vorgehens in dem in § 15 unter a besprochenen Sinne.



Rechtssubjecte, welche zu ziehen der Beruf der Rechtsnormen ist,<sup>1)</sup> ergeben sich auf zweierlei Art. Zunächst hat Jedermann seinen Rechtsgenossen gegenüber eine Summe von Pflichten, welche nur der Ausfluss, die Kehrseite der Rechte der Letzteren sind. In ihrer Erfüllung liegt die Realisirung jener Rechte, das „*sum cuique tribuere*.“<sup>2)</sup> Neben diesen Pflichten, und über dieselben hinaus, obliegt aber auch jedem Einzelnen die Verpflichtung, seinen Mitmenschen nicht durch Nachlässigkeit<sup>3)</sup> oder bösen Willen zu verletzen, das „*alterum non laedere*“. Ueber alle concreten Rechtsverhältnisse breitet sich zum gegenseitigen Schutze Aller gegen Alle dieses Gebot, und es erfüllt auch das Gebiet, welches von jenen speciellen Pflichten nicht besetzt ist. Kein Schritt auf dem Boden des Rechts ist möglich, der nicht von dieser Rechtspflicht begleitet wäre.<sup>4)</sup> Wo aber schon das concrete Rechtsverhältnis zwischen zwei Personen dieselbe Verpflichtung zur Wahrung des fremden Interesses erzeugt, da deckt sich die besondere mit der allgemeinen Pflicht, und, wie überall bei solchem Zusammentreffen des Abstracten und des Concreten, sieht man nur die besondere, und es verliert sich das Bewusstsein von der allgemeinen.<sup>5)</sup> Das ändert aber nichts an ihrer

<sup>1)</sup> Vgl. Savigny, Syst. I, S. 7. Vgl. auch Zeiller II, S. 125 f.

<sup>2)</sup> L. 10 § 1 de J. et J. cit. Mit dem „*sum cuique*“ meine ich hier also die Entsprechung sowohl der dinglichen, als der obligatorischen Ansprüche.

<sup>3)</sup> Inwieferne diese Norm für das römische Recht vermöge der in der *lex Aquilia* gesetzten Schranken enger begrenzt ist, ist schon oben S. 100, Nte. 3 angedeutet.

<sup>4)</sup> Vgl. Neuner, Wes. d. Privatrechtsv. S. 148 ff.; Keller § 249. Dass diese „allgemeine Bürgerpflicht“ mit der Frage Cohnfeldt's l. c. S. 268: „mit welcher Klage will man von Jemand erzwingen, dass er nicht stehlen oder rauben soll?“ nicht ad absurdum geführt ist, braucht nach der Darstellung in § 15 kaum noch bemerkt zu werden. — Allerdings, eine gesetzliche Formulirung, wie sie der Dresd. Entw. Art. 217 und der Hess. Entw. IV, Art. 206 enthalten: „Jeder ist verpflichtet, alle Handlungen zu unterlassen, wodurch er einem Andern widerrechtlicher Weise einen Schaden zufügt;“ „wer gegen diese allgemeine Pflicht . . . handelt, haftet für den Schaden“ dürfte keinen grossen Werth haben. Im Uebrigen kann man den Motiven des Hess. Entw. S. 110 f., welche auch auf die Regel „*neminem laede*“ hinweisen, vom theoretischen Standpunkte nur zustimmen.

<sup>5)</sup> Vgl. oben S. 100, Nte. 3 bezüglich der *actio legis Aquiliae*; Pernice, *Labeo* II, S. 5. Dasselbe zeigt sich aber auch, wenn Jemand sich etwa durch

Bedeutung, kraft deren sie überall dort praktisch wird, wo eine concrete Rechtspflicht nicht besteht.

Die Grenze dieser allgemeinen Rechtspflicht nach der anderen Seite liegt in den eigenen Rechten des Einzelnen. Soweit das Gebiet meines eigenen subjectiven Rechts reicht, bin ich souverän, und für die durch jenes Rechtsgebot anbefohlene Rücksicht auf fremde Interessen ist kein Raum: „Qui jure suo utitur neminem laedit“; so lautet die Ergänzung der Norm „neminem laede.“<sup>1)</sup> Sowie ich aber aus den Schranken hinaustrete, welche meinem Rechte gesetzt sind,<sup>2)</sup> stosse ich entweder auf concrete Rechtspflichten gegen den Nachbar, oder auf jenes allgemeine Rechtsgebot. Was aber dies letztere anbetrifft, so kann man demnach sagen: So weit das Recht des Anderen reicht, ist dasselbe absorbirt durch die besondere Rechtsnorm, welche mir concrete Pflichten auferlegt,<sup>3)</sup> soweit mein Recht reicht, ist es ausgeschlossen durch die besondere Norm, welche mein Interesse schützt.<sup>4)</sup>

Vertrag speciell zur Garantie für einen Schaden verpflichtet, für den er schon „ex lege“ einzustehen hätte.

<sup>1)</sup> Cf. L. 55, L. 151, L. 155 § 1, D. de R. J. „Man darf seine Rechte haarscharf ausnutzen“: Dernburg, Pand. I, S. 89. Auf die schwierige Frage, in wie weit die Ausübung seines Rechts, blos in der Absicht, Anderen zu schaden, unzulässig ist, resp. welche Modification sich unsere Regel mit Beziehung auf dolus gefallen lassen müsse, brauche ich hier nicht einzugehen. Vgl. dazu Bar, Causalzus. S. 125; Pernice Labeo II, S. 11 ff.; Ihering, Jahrb. f. d. Dogm. VI, S. 102 ff.; Pfaff, Gutacht. S. 42 ff.; Unger, Syst. I, S. 616 f.; vgl. Zürich. G. B. § 1832.

<sup>2)</sup> Vgl. § 1305 a. b. G. B.: „Wer von seinem Rechte innerhalb der rechtlichen Schranken Gebrauch macht, hat den . . . Nachtheil nicht zu verantworten.“ Vgl. auch Zeiller III, S. 728; Mages l. c. S. 47 ff. Dabei ist jedoch zu beachten, dass als Schranken nicht nur die dem subjectiven Rechte gleichsam immanenten Grenzen, sondern auch die demselben durch besondere Satzung, gleichsam von aussen her, entgegengesetzten Schranken gemeint sind, wie solche namentlich dem principiell umfassenden Eigenthumsrechte gegenüber bestehen; vgl. § 364 a. b. G. B. S. auch oben S. 94, Nte. 2 und unten S. 112 f. Vgl. auch § 1487 sächs. b. G. B.

<sup>3)</sup> Vgl. Windscheid I, S. 292: „Das verbotene Verhalten kann zugleich die Verletzung eines subjectiven Rechtes sein — die Rechtsordnung hat es noch einmal besonders verboten.“ Pfaff l. c. S. 24.

<sup>4)</sup> Ein sehr unklares Bild, welches vielleicht denselben Gedanken illustriren sollte, giebt Manns, l. c. S. 5 f.

Diese Sätze leiden auch Anwendung auf das Gebiet der *mora creditoris*. Der Gläubiger, welcher die Leistung des Schuldners verzögert, verletzt damit kein Recht des Letzteren und keine concrete Pflicht gegen ihn; denn beides existirt nicht. Aber er handelt unter der allgemeinen Rechtspflicht, Niemand zu schädigen. Diese Pflicht obliegt ihm, wie gegen Jedermann, so auch gegen seinen Schuldner, insoweit sie nicht durch sein Recht aus der *obligatio* ausgeschlossen ist. Mit anderen Worten: Wenn und soweit der Gläubiger mit der Verzögerung der Annahme die Schranken seines Rechts überschreitet,<sup>1)</sup> steht er unter dem Rechtsgebot, den Schuldner nicht zu schädigen, kann er also wegen *culpa* verantwortlich werden. Aus jenen allgemeinen Sätzen, die das Wesen der *culpa* bestimmen, ergibt sich somit auch das Wesen des in der *mora creditoris* gelegenen Verschuldens, und aus ebendenselben folgt auch die Grenze dieser *mora* nach einer Seite hin. Soweit der Gläubiger sich darauf berufen kann, dass er innerhalb der Schranken seines Rechtes steht, kann ihm keine *mora* zugerechnet werden: „*jure suo utitur*.“

Viel zu weit geht aber die Behauptung, die Nichtannahme der geschuldeten Leistung sei eben immer nur eine innerhalb der Vermögens- und Rechtssphäre des Gläubigers sich vollziehende Handlung, wie jedes Benutzen oder Nichtbenutzen eines Vermögensstücks.<sup>2)</sup> Allerdings erscheint die Verweigerung der Zahlungsannahme auf den ersten Blick einfach als die Nichtausübung eines Forderungsrechts, und die Nichtbenutzung eines Rechts ist immer gestattet. Allein es fragt sich vor allem, wie weit dies Recht geht. Das Recht der *obligatio* bedeutet zugleich eine Fessel des Schuldners, die ihr ganz bestimmtes Gewicht hat und haben muss. Zu der Abgrenzung dieser „Gebundenheit“ gehört aber, wie die Grösse und Art der Leistung, so auch die Bestimmung ihrer Dauer. Der Gläubiger, welcher die Liberirung

---

<sup>1)</sup> Es giebt in dem Rechte des Gläubigers begründete Ursachen, für die Verweigerung der Annahme der offerirten Leistung, „*justae causae*“ im Sinne von L. 72 pr. D. de sol. 46, 3. Kann sich der Gläubiger auf solche berufen, so gilt allerdings: „*jure suo utitur*“. Vgl. darüber unten S. 111 ff.

<sup>2)</sup> Vgl. Kohler S. 409 ff.

des Schuldners verzögert, geht daher über die Schranken seines Rechts gerade so gut hinaus, wie derjenige, der mehr begehrt als die geschuldete Summe.<sup>1)</sup> Er ist also nicht mehr gedeckt durch die Berufung auf sein Recht, und, indem er unter die allgemeine Rechtspflicht tritt, „neminem laedere“, ist die Möglichkeit eines Verschuldens auf seiner Seite<sup>2)</sup> gegeben.

Damit glaube ich am Ziele zu sein. Die, auf Grund der Grundsätze für die „Exculpation“ postulierte, Zurückführung der mora creditoris auf das Princip des Verschuldens widerstrebt nicht der juristischen Logik. Eine culpa des Gläubigers in Betreff der Erfüllung der Obligation ist begrifflich möglich und theoretisch gerechtfertigt.

---

<sup>1)</sup> Die Gleichstellung dieser Fälle in § 1413 a. b. G. B. darf als Beweis gelten, dass dies auch die Auffassung des österreichischen Rechts ist. Vgl. Gruchot, Zahlung S. 140. Die Römer sagen bekanntlich geradezu „plus petere tempore“. Gai IV, 53. Vgl. übrigens noch unten S. 111 ff.

<sup>2)</sup> Durch die Annahmeverweigerung verletzt der Gläubiger nie eine Annahmepflicht, aber möglicher Weise die allgemeine Pflicht, Niemand zu schädigen.

Man wird, wie bei dieser Gelegenheit schliesslich bemerkt werden darf, nicht etwa einwenden wollen, das Verschulden des säkumigen Gläubigers sei hier nicht als Uebertretung einer obligatorischen Pflicht, somit als sog. ausser-contractliche culpa hingestellt, als solche komme aber der Regel nach nur culpa in faciendo in Betracht, während die mora wesentlich nur culpa in non faciendo sein könne (vgl. Hasse l. c. S. 126 f.; Mommsen S. 286). Allein, so viel darf heute wohl als ausgemacht gelten, dass man überall auch für Unterlassungen haftet, wenn man früher positiv handelnd in die Verhältnisse eines Anderen derart eingegriffen hat, dass auch eine weitere Handlung erwartet werden darf, wobei es gleichgiltig ist, ob jenes erste Eingreifen ein erlaubtes oder ein rechtswidriges war — vgl. Bar, Causalzus., S. 99 f.; Grünhut's Zeitschr. IV, § 9; Glaser, Abhandlung a. d. österr. Strafr. I, S. 375 f. — Bei der Begründung der obligatio hat nun der Gläubiger mitgewirkt; der Schuldner durfte somit auch seine Mitwirkung zur Lösung derselben erwarten, deshalb kann die Unterlassung der letzteren culpa sein. Vgl. auch Bruns in Holtzendorff's Encyclop. I, S. 392 f.

## V. Capitel.

# Uebersicht über Voraussetzungen und Wirkungen der mora creditoris.

### § 17.

Ist die culpa als das Richtung gebende Element im Begriffe der mora des Gläubigers erkannt, so muss sich von diesem Punkte aus auch die Erkenntnis ihrer Voraussetzungen, wie ihrer Wirkungen im einzelnen gewinnen lassen. Der nachfolgende kurze Ueberblick über beide hat nur den Zweck, dies zu illustriren, und mit dem Nachweis, dass die Quellen die einzelnen Requisite und Folgen der mora in diesem Sinne beurtheilen, gleichsam die letzte Probe zu machen auf jene Principien, welche hier als Ausschlag gebend erklärt worden sind.

#### I. Voraussetzungen der mora creditoris.

Sie ergeben sich, wie bemerkt, aus folgendem Gedanken: Der Schuldner hat kein Recht auf Liberirung, wohl aber ein Interesse an derselben. Dies Interesse verletzt der Gläubiger, welcher die Erfüllung der Obligation hintanhält, und, thut er das in Ueberschreitung der Schranken seines Rechts, aus Nachlässigkeit oder böser Absicht, so verletzt er eine allgemeine Rechtspflicht und wird für dies Verschulden verantwortlich. Damit ist der Begriff der mora des Gläubigers charakterisirt. Mora creditoris ist die Verzögerung<sup>1)</sup> der Erfüllung einer Obligation durch Verschulden des Gläubigers.

---

<sup>1)</sup> Wo mit der Versäumung des bestimmten Erfüllungstermines die Leistung vereitelt ist, weil sie überhaupt nur in dem einen Zeitpunkte

Unter den Voraussetzungen der *mora creditoris* stellt man gemeiniglich an die Spitze die „*oblatio debiti*“, das „Anbieten der Erfüllung“ seitens des Schuldners.<sup>1)</sup> Die Fälle, in welchen eine *mora* ohne Oblation anerkannt wird, erscheinen dem gegenüber als Ausnahmen.<sup>2)</sup> Mannigfache Controversen und Zweifel über die Erfordernisse dieser „*oblatio*“, sowie über das Verhältnis von Real- und Verbaloblation, knüpfen sich an diese Lehre. Die folgende Zergliederung des gewonnenen Begriffes der *mora creditoris* wird hauptsächlich dazu dienen, die Bedeutung dieses „Anbietens der Erfüllung“ in's rechte Licht zu setzen.<sup>3)</sup> Vorweg aber darf Eines bemerkt werden. Man kann nicht behaupten, dass die Quellen<sup>4)</sup> die „*oblatio*“ als wesentliches Requisit des Gläubigerverzuges hinstellen. Gerade dort, wo sie gleichsam *ex cathedra* über den Begriff sprechen, fehlt jeder Hinweis auf dieselbe. So sagt L. 3 § 4 D. de A. E. V. 19, 1: „*mora (emptoris) videtur esse . . . si (venditor) omni tempore paratus fuit tradere*“ — also Erfüllungsbereitschaft des Schuldners dort, wo man nach jener Regel die „*oblatio*“ erwarten müsste. Denselben Sinn muss aber auch der Ausdruck haben, dessen sich L. 122 § 5 D. de V. O. 45, 1 bedient: „*si non cessasset ex stipulatione pecuniam offerre*.“ Ein „fortdauerndes“ Offeriren der Erfüllung kann füglich nur „Erfüllungsbereitschaft“ bedeuten. Das „Anbieten“ der Erfüllung ist ein einmaliger Act, der nicht „ununterbrochen“ fortbestehen kann, wie es L. 122 cit. fordert.<sup>5)</sup> Andere Stellen allerdings erwähnen ausdrücklich der *oblatio*,

---

möglich ist, kann von *mora* gar nicht gesprochen werden. Vgl. Mommsen S. 138 f.

<sup>1)</sup> S. z. B. Mommsen S. 139 ff.; Windscheid § 345, Nr. 1. Besonders scharf betont das Moment der Oblation jetzt Brinz II, S. 311. S. auch Madai S. 230. Bedenken gegen die Aufstellung des Erfordernisses der Oblation s. bei Wolff S. 407.

<sup>2)</sup> Mommsen § 18; Windscheid l. c.; vgl. auch Ulrich l. c. S. 9.

<sup>3)</sup> In diesem Punkte gelange ich grossentheils zu denselben Resultaten, wie Kohler S. 399 ff.

<sup>4)</sup> Das a. b. G. B. enthält nähere Angaben über die Voraussetzungen der *mora creditoris* überhaupt nicht.

<sup>5)</sup> S. auch L. 39 D. de solut. 46, 3: „*si parato me solvere tu accipere nolles*.“

allein als Voraussetzung, nicht der mora creditoris, sondern der gerichtlichen Deposition. So L. 1 § 3, L. 7 D. h. t. 22, 1; L. 56 § 1 D. mand. 17, 1; L. 2 C. de jure emphyt. 4, 66; L. 10 C. de pign. act. 4, 24; L. 3 C. de luit. pig. 8, 31; L. 2, L. 6 C. h. t. 4, 32.<sup>1)</sup> Sehr klar tritt dieser Gegensatz in Nov. 91 c. 2 hervor. Sie setzt auf Seite des Schuldners voraus, dass er „dare voluerit“; dass aber damit lediglich Erfüllungsbereitschaft gemeint sei, zeigt der Umstand, dass die Stelle fortführt „vel, quod etiam majus est, faciat, et forte offerat, et .... deponat.“ Die Deposition erfordert also die Oblation — aber als ein Plus gegenüber der mora creditoris. In einigen anderen Fragmenten hingegen ist die Oblation erwähnt nur als Voraussetzung der purgatio der mora des Schuldners<sup>2)</sup>, oder, weil nach der Lage des Falles sich die Erfüllungsbereitschaft des Schuldners naturgemäss in der oblatio debiti manifestiren musste.<sup>3)</sup>

Hienach seien nun folgende Punkte hervorgehoben.

1. Wie überall, wo die Zurechnung eines Verschuldens zu beurtheilen ist, so entsteht in erster Linie auch für die mora creditoris die Frage nach dem Causalzusammenhange, hier also die Frage, ob die Verzögerung der Obligationserfüllung wirklich durch das Verhalten des Gläubigers verursacht ist. Das ist sie nun — um von besonderen in concreten Fällen auftauchenden Fragen abzusehen — gewiss nur dann, wenn der Schuldner seinerseits alles gethan hatte, was er Behufs Erfüllung seiner Verpflichtung thun sollte — und konnte. In diesem Sinne bildet die Erfüllungsbereitschaft des Schuldners die allererste Voraussetzung der mora creditoris. Was zu dieser Bereitschaft

---

<sup>1)</sup> Das Requisit der Deposition wird daher wohl auch in L. 11 C. h. t. 4, 32 zu ergänzen sein. — Auch das österreichische Recht erwähnt eines „Anbotes“ nur bei der gerichtlichen Hinterlegung: § 1425 a. b. G. B. (Vgl. oben S. 44 f.)

<sup>2)</sup> Cf. L. 72 §§ 1—3 D. de sol. 46, 3; L. 26 D. sol. matr. 24, 3.

<sup>3)</sup> So in L. 21 D. de R. C. 12, 1; L. 30 D. de sol. 46, 3; L. 9 § 5 D. de pign. act. 13, 7. In dem Falle der L. 72 pr. D. de sol. 46, 3 handelt es sich speciell um den Uebergang der Gefahr bei Geldleistung; hiefür kommt die Oblation als der die Geldstücke specialisirende Act in Betracht. (Vgl. unten S. 128.) Mora creditoris könnte immerhin schon vor derselben vorhanden gewesen sein.

gehört, kann sich nur nach der Art und dem speciellen Inhalt der einzelnen Obligation bestimmen.<sup>1)</sup> Denkt man dabei an Obligationen, deren Gegenstand eine Sachleistung ist, und da wiederum an den Fall einer sog. Bringschuld, so bedeutet nun unser Requisit, der Schuldner müsse das Erfüllungsobject behufs Uebergabe desselben zum Gläubiger gebracht haben<sup>2)</sup> — und dies mag man ein „Anbieten“ der Erfüllung, eine „oblatio“ nennen. Doch darf man dabei nicht aus dem Auge lassen, dass diese „Oblatio“ lediglich als die Thatsache der „Erfüllungsbereitschaft“ in Betracht kommt, welche wir fordern, damit die Verzögerung der Erfüllung als vom Gläubiger verursacht erscheine.<sup>3)</sup> Ist es also in anderen, wenngleich praktisch selteneren, Fällen nicht Sache des Schuldners, sich zur Leistung bei dem Gläubiger einzufinden, oder ist die Leistung vorläufig unmöglich, weil gewisse Vorbereitungen zu derselben noch ausstehen, welche nur vom Gläubiger ausgehen können,<sup>4)</sup> oder endlich, kann die Leistung dem Gläubiger nicht „angeboten“ werden, weil derselbe nicht zu finden ist, dann ist die Verzögerung niemals auf den Schuldner zurückzuführen, der alles gethan hat, was er zur Herbeiführung der Erfüllung der Obligation thun konnte, d. h. „erfüllungsbereit“ war; die Nichtleistung ist vom Gläubiger verursacht,<sup>5)</sup> und, wenn

---

<sup>1)</sup> Windscheid II, S. 311 f.; Dernburg II, S. 170 f.; Unger S. 133, Nte. 12.

<sup>2)</sup> Dass der Erfüllungsort nicht immer, ja nach österreichischem Rechte — §§ 905, 1420 a. b. G. B. — sogar gewöhnlich nicht der Wohnsitz des Gläubigers ist, ändert daran nichts. An dem Orte des Vertragsabschlusses (§ 905) oder an dem „Orte seines Wohnsitzes“ (§ 1420) hat der Schuldner die bewegliche Sache dem Gläubiger zu bringen. (Dass gerade für Delictsobligationen nach § 1420 cit. der Wohnort des Schuldners als Erfüllungsort gilt, ist eine in der Lehre von der mora bedeutsame, und nicht sehr glückliche, Besonderheit des österr. R. Vgl. dazu Unger, rev. Entw., S. 62 ff.) Unrichtig scheint mir daher, was Stubenrauch II, zu § 905 Nr. 4, im Anschlusse an Zeiller III, S. 92 f. lehrt.

<sup>3)</sup> Kohler S. 400, welcher allerdings zum Vorhandensein der mora creditoris „nur“ dies erfordert. Vgl. auch Sintenis II, S. 218 ff.

<sup>4)</sup> Darüber s. unten Nr. 4. Ich spreche daher auch lieber von „Erfüllungsbereitschaft“ als von „Leistungsbereitschaft“ des Schuldners.

<sup>5)</sup> Denn es muss als die Regel vorausgesetzt werden, dass der Schuldner



anders die sonstigen Erfordernisse vorliegen, ist ohne Oblation *mora creditoris* vorhanden — in Consequenz ihres Principes, nicht aber „ausnahmsweise“. <sup>1)</sup>

Auf der anderen Seite ist klar: Unter diesem Gesichtspunkte, als ein für den Causalzusammenhang massgebendes Element, kann und muss die Erfüllungsbereitschaft nur eine „thatsächliche“ sein. Sofern dieselbe als Oblation bezeichnet werden will, kann damit also in diesem Zusammenhange nur das gemeint sein, was man „Realoblation“ nennt. Eine „Verbal-Erfüllungsbereitschaft“ ist eine *contradictio in se*. <sup>2)</sup>

2. Erfüllungsbereitschaft in dem angedeuteten Sinne vorausgesetzt, fragt es sich in concreto weiter, ob dem Gläubiger die von ihm verursachte Verzögerung der Obligationserfüllung als Verschulden angerechnet werden könne. Nach der oben (§ 16) gegebenen Richtschnur löst sich diese Frage in zwei Theile auf. Eine culpa des Gläubigers wird vor allem ausgeschlossen sein, wenn er mit der Verweigerung sich auf dem Boden seines Rechts bewegt; das wird also zunächst zu untersuchen sein. Weist er nun die Leistung zurück, weil sie nach Grösse oder Beschaffenheit, nach Zeit oder Ort dem Inhalte der obligatio nicht entspricht, so besteht er damit nur auf seinem Rechte, und „*qui jure suo utitur neminem laedit*“. Er kann dadurch unmöglich in culpa, somit auch nicht in *mora* gerathen. Unter diesen Gesichtspunkt fällt das Erfordernis des Annahmeverzuges, welches die Quellen als die Annahmeverweigerung „*sine justa causa*“ bezeichnen: L. 72 pr. D. de solut. 46, 3<sup>3)</sup>. Eine ein-

---

bei Entgegenkommen des Gläubigers geleistet hätte. Vgl. Unger S. 134, Nte. 13.

<sup>1)</sup> Eine wirkliche Ausnahme von unserem Principe statuirt die Ansicht Kohler S. 401; Windscheid II, S. 312; Wolff S. 407; Sintenis II, S. 222), dass bei ausdrücklicher Erklärung des Gläubigers, nicht annehmen zu wollen, thatsächliche Erfüllungsbereitschaft des Schuldners nicht nöthig sei — allein eben deshalb scheint die Behauptung sehr bedenklich; s. dagegen auch Mommsen S. 176 f.; Römer I. c. S. 141.

<sup>2)</sup> Vgl. auch Windscheid S. 311, Nte. 3.

<sup>3)</sup> Cf. L. 39 D. eod. Vgl. auch die oben S. 89 f. besprochenen modernen Codificationen.

gehende Untersuchung dieser „justae causae“ wäre daher nichts, als eine Prüfung von Umfang und Schranken aller einzelnen Forderungsrechte. Hiefür nur wenige Beispiele.

Der Gläubiger ist in seinem Rechte, wenn er Theilzahlungen zurückweist: L. 41 § 1 D. h. t. 22, 1; L. 9 § 1 D. de solut. 46, 3; er ist nicht in seinem Rechte, wenn er die vor Fälligkeit der Schuld offerirte Leistung nicht annimmt: L. 70 D. de sol. 46, 3, während er die vor Eintritt der Bedingung angebotene nicht anzunehmen braucht: L. 38 § 16 D. de V. O. 45, 1; er ist in seinem Rechte, wenn er darauf besteht, dass an dem bedungenen Erfüllungsorte geleistet werde: L. 122 pr. D. de V. O. 45, 1<sup>1)</sup>; er verfällt in mora, wenn er die von einem Dritten für den Schuldner angebotene Leistung zurückweist: L. 72 § 2 D. de solut. 46, 3; und nicht minder, falls er die nach der besonderen Lage der Dinge für den zahlenden Schuldner erforderliche Caution zu leisten sich weigert: L. 1 § 37 D. depos. 16, 3; L. 19 § 1 D. de periculo 18, 6.

Auch im österreichischen Rechte findet sich eine Reihe von Rechtssätzen, welche für die Frage der „justae causae“ von Bedeutung sind. Dass der Gläubiger auf genauer Erfüllung der Obligation nach „der Zeit<sup>2)</sup>, dem Orte und der Art<sup>3)</sup>“ bestehen darf, sagt zum Ueberflusse ausdrücklich § 1413 a. b. G. B. Ins-

---

<sup>1)</sup> Vgl. aber L. 4 § 1 D. de eo q. cert. loco 13, 4.

<sup>2)</sup> Einen besonderen Fall s. § 977 a. b. G. B. — Bei zeitlich unbestimmter Obligation wird nicht bezweifelt, dass der Gläubiger in mora geräth, wenn er die, wann immer, angebotene Leistung nicht annimmt: Unger Syst. II, S. 333, Nte. 10; Hasenöhr l. c. S. 292, Nte. 6, welcher jedoch unrichtig bemerkt, die Nichtannahme habe für den Gläubiger „keinen anderen Nachtheil“ zur Folge, als dass der Schuldner deponiren könne. — Für betagte Obligationen muss bei der kategorischen Fassung von § 904 und § 1413 a. b. G. B. wohl behauptet werden, dass nicht dies pro reo adjicitur, daher der Gläubiger bei Zurückweisung vorzeitiger Leistung nicht in Verzug geräth; s. auch Unger l. c. II, S. 89 Nte. 5; Gruchot l. c. S. 139 f.; Hasenöhr l. c. S. 293 f.

<sup>3)</sup> Etwas anders nach Handelsrecht im Falle eines Uebersendungs-geschäftes, wo der Käufer nicht, wie sonst (Art. 346 H. G. B.), die „nicht empfangbare“ Waare einfach zurückweisen darf, sondern sie in Verwahrung nehmen muss: Art. 348 H. G. B.; vgl. Thöl H. R. II; 2, S. 331.

besondere aber ist der Gläubiger in seinem Rechte, wenn er Theilzahlungen zurückweist: § 1415 a. b. G. B., oder die ohne Einwilligung des Schuldners von einem Dritten angebotene Zahlung: § 1423 a. b. G. B.,<sup>1)</sup> während die Nichtannahme der in diesem Einverständnis offerirten Leistung ihn in mora versetzt: § 1422 a. b. G. B.; er überschreitet ferner die Grenzen seines Rechts, wenn er vom Schuldner Zahlung anders als gegen Quittung oder Rückgabe des Schuldscheines begehrt: §§ 1426, 1428 a. b. G. B.; er kann endlich — und hierin liegt ein für die Lehre von der mora praktisch sehr wichtiger Grundsatz — in synallagmatischen Obligationsverhältnissen die Leistung nur dann begehren, wenn er seinerseits die Gegenleistung erfüllt hat, oder zu erfüllen bereit ist: § 1052 a. b. G. B. Die Zögerung mit seiner Gegenleistung wird ihn daher in aller Regel auch in mora accipiendi bezüglich seiner Forderung versetzen<sup>2)</sup>.

### § 18.

3. Wenn es einmal feststeht, dass der Gläubiger trotz Erfüllungsbereitschaft des Schuldners und in Ueberschreitung der Schranken seines Rechts die Empfangnahme der Leistung verzögert, dann gelangt die letzte, entscheidende Frage zur Beurtheilung. Trifft ihn dabei der Vorwurf einer Nachlässigkeit, wenn nicht gar der bösen Absicht<sup>3)</sup>, gegen den Schuldner? Die römischen Quellen bieten keinerlei Anhaltspunkt dafür, hier zwischen verschiedenen Graden des Verschuldens zu unterscheiden. Mit Recht lehrt man daher, wie für die mora des Schuldners so für die des Gläubigers<sup>4)</sup>, es gebe keine Grade der mora. Dasselbe muss auch für das österreichische Recht gelten. Nicht

---

<sup>1)</sup> Anders nach gemeinem Recht; s. oben S. 112.

<sup>2)</sup> Vgl. auch § 1062 a. b. G. B. Vgl. Fr. Hofmann, *Peric. b. Kaufe*, S. 54, Nte. 8; Thöl *H. R.* I, 2, S. 356; dazu Unger *l. c.* II, S. 499, Nte. 17.

<sup>3)</sup> Letzteres dürfte freilich praktisch selten vorkommen. Vgl. aber L. 6 D. de exc. dol. 44, 4, welche in der That einen solchen Fall im Auge zu haben scheint.

<sup>4)</sup> Wolff S. 405. Damit ist aber doch wohl nicht gesagt, dass die mora immer „culpa lata“ sei, wie dieser Schriftsteller (S. 256) meint.

v. Schey, *Mora creditoris*.

nur enthält § 1419 a. b. G. B. keinerlei Hinweis auf eine derartige Differenzirung, auch principiell steht im Sinne unseres Gesetzbuchs die Haftung für jedes Verschulden fest.<sup>1)</sup>

Ob nun eine culpa vorliegt, lässt sich natürlich nur nach den Umständen des einzelnen Falles ermessen. Auch specielle Excusationsgründe werden sich schwerlich feststellen lassen<sup>2)</sup>. Soweit es sich um abstracte Beurtheilung des Verhältnisses handelt, kann nur ein Punkt hervorgehoben werden.

Man wird gewiss nicht jedem Gläubiger, der mit der Entgegennahme der Leistung zögert, ohne weiteres Negligenz vorwerfen können, und zwar eine Negligenz, die er dem Schuldner gegenüber zu verantworten hätte. Vom Standpunkte seiner eigenen Geschäfte, seines eigenen wohlverstandenen Interesses mag es allerdings in aller Regel eine Nachlässigkeit sein, wenn ein Gläubiger nicht sofort alle Anstalten trifft zur Realisirung seiner Forderung; dem Schuldner, und selbst dem erfüllungsbereiten Schuldner, wird das in zahllosen Fällen gleichgiltig, in nicht wenigen eine willkommene Nachsicht sein. Als Regel<sup>3)</sup> lässt sich daher nur so viel behaupten: Wenn der Schuldner seine Erfüllungsbereitschaft dem Gläubiger bekannt gegeben, und ihn dadurch zur Annahme der Leistung oder doch zur Mitwirkung bei Vorbereitung derselben aufgefordert hat, dann kann man es dem Gläubiger zur Schuld anrechnen, dass er trotzdem zögert — wenn anders die Voraussetzungen des vorigen Paragraphen vorliegen, und ihm keine triftige Entschuldigung zu Statten

---

<sup>1)</sup> Vgl. auch den allgemeinen Ausdruck, den § 1051 a. b. G. B. gebraucht oben S. 83 f. Mit dem im Texte Gesagten will selbstverständlich nicht geleugnet werden, dass der Grad des Verschuldens, welches den Gläubiger trifft, in Bezug auf die Wirkungen der mora von Bedeutung sein kann; so vor allem, was die Ersatzpflicht anbelangt nach allgemeiner Norm des § 1324 a. b. G. B. Vgl. darüber unten S. 129.

<sup>2)</sup> Vgl. Unger S. 134, Nte. 13; Windscheid § 345, Nr. 3. Für die einfache Uebertragung der in den Quellen anerkannten Excusationsgründe des Schuldners auf die mora creditoris (s. z. B. Madai S. 259) liegt kein genügender Grund vor. Man muss wohl dabei bleiben, diese Frage „neque constitutione ulla neque juris auctorum quaestione decidi posse, cum sit magis facti quam juris“: L. 32 pr. D. h. t. 22, 1.

<sup>3)</sup> Vgl. unten S. 118 f.

kommt. Nicht als „zu weit getriebene Höflichkeit“ also,<sup>1)</sup> sondern als der Regel nach nothwendige Voraussetzung der Zurechnung erscheint die Aufforderung des Gläubigers zur Annahme der Leistung.<sup>2)</sup> Die Erwägung, welche zu der Aufstellung dieses Requisites geführt hat, findet ihre kräftigste Unterstützung in der Analogie der „Interpellation“ auf Seite der mora debitoris<sup>3)</sup>. Wie die Aufforderung zur Zahlung den Schuldner, so versetzt diese Aufforderung zur Empfangnahme den Gläubiger in Verzug, weil sie die fortdauernde Zögerung als culpose zu betrachten berechtigt. Eben damit ist nun aber auch schon gesagt, dass diese Regel nicht für alle Fälle gilt. Wo immer in concreto ein Verschulden des Gläubigers auch ohne solche Aufforderung klar ist, da bedarf es derselben nicht.<sup>4)</sup> Und es darf darin nicht eine Ausnahme gesehen werden, sondern nur eine Anwendung des allgemeinen „Culpaprincipes“.

Die Aufforderung des Gläubigers zur Mitwirkung bei der Erfüllung der Obligation ist ihrem Wesen nach etwas durchaus Anderes, als das Requisite der „Erfüllungsbereitschaft“, welches an früherer Stelle betrachtet worden ist. Sie trifft nur häufig äusserlich mit der letzteren zusammen; und das führt uns noch

<sup>1)</sup> So Kohler S. 405.

<sup>2)</sup> Bezw. zur Vorbereitung der Leistung, was ich der Kürze halber im Texte nicht immer wiederhole. Vgl. übrigens unten S. 117 ff.

<sup>3)</sup> Eine Analogie, welche die hier vertretene Theorie allerdings anrufen darf, während das vom Standpunkte Kohler's (S. 403) undenkbar erscheint, aber auch vom Standpunkte Mommsen's (S. 140) eine Inconsequenz ist (vgl. oben S. 20 f). S. aber Waldberg S. 20 ff., welcher auch der Interpellation bei der mora debitoris jede Beziehung zur culpa des Schuldners abspricht.

<sup>4)</sup> So natürlich im Falle des nachgewiesenen dolus des Gläubigers; so, wenn sich derselbe schon im Vorhinein erklärt hatte, die Leistung nicht annehmen zu wollen (vgl. o. S. 111 Nte. 1 und Mommsen S. 144); so endlich in den Fällen, in welchen die Regel „dies interpellat pro homine“ auf Seite des Gläubigers anzuwenden kommt — eine Regel, die, wie für die mora debitoris (§ 1334 a. b. G. B.; vgl. Unger II, S. 332, Nte. 10), so auch für die mora creditoris gilt, in den Fällen, in welchen ein bestimmter Termin für die Empfangnahme der Leistung festgesetzt ist; s. Mommsen S. 173 f. Vgl. für das österreichische Recht §§ 1047 und 1062 a. b. G. B., aus welchen Swoboda l. c. ganz richtig diesen Schluss zieht. A. M. dagegen Windscheid II, S. 314.

einmal zurück zu der sogenannten „oblatio“. Die Aufforderung, von welcher hier die Rede ist, kann an sich auf doppelte Art erfolgen, direct durch Wort oder Schrift, wenn man will „verbis“ — oder stillschweigend durch Darbieten der geschuldeten Leistung, durch die „Oblatio“. Nun ist letztere, wie oben gezeigt ist, als sog. Realoblation in vielen Fällen<sup>1)</sup> zugleich das allererste Erfordernis der mora accipiendi, so dass sie dann in doppelter Eigenschaft auftritt, indem sie Erfüllungsbereitschaft des Schuldners und zugleich die Aufforderung des Gläubigers zur Annahme bedeutet. Beide Momente verschwimmen hier in eines; aber sie gehören begrifflich nicht zusammen<sup>2)</sup>, und sie fallen gar oft auch thatsächlich auseinander. Das Anerbieten des Leistungsobjectes wird nämlich mitunter als Ausdruck der Erfüllungsbereitschaft nothwendig sein<sup>3)</sup> und doch als Aufforderung des Gläubigers überflüssig, wo eine solche nicht Voraussetzung der mora ist<sup>4)</sup>; mitunter aber wird es vom Standpunkte der Erfüllungsbereitschaft nicht erforderlich sein, während es als Aufforderung des Gläubigers zur Empfangnahme eine durchaus nicht überflüssige Function erfüllt.<sup>5)</sup>

Gerade in Fällen der letzteren Art wird aber die reelle Anbietung der Leistung nicht die gewöhnliche, oder gar nothwendige, Form der Aufforderung des Gläubigers zur Annahme sein, sondern als passend und erforderlich stellt sich die directe, d. h. wörtliche Aufforderung dar.<sup>6)</sup> Wenn man dies sodann als „Verbaloblation“ bezeichnet, so handelt es sich dabei zunächst nur um einen Namen. Allein man thut nicht gut daran, gerade diesen zu wählen und nun zu erklären, in diesem Falle sei eine Verbaloblation genügend, sonst nur Realoblation.<sup>7)</sup> Das tertium

---

<sup>1)</sup> Aber nicht in allen, s. oben S. 110 f.

<sup>2)</sup> Vgl. auch Mommsen S. 140; Wolff S. 413, welcher aber fast nur die „Aufforderung“ in dieser Oblatio beachtet.

<sup>3)</sup> S. oben S. 110.

<sup>4)</sup> S. oben S. 115 Nte. 4.

<sup>5)</sup> In den Fällen der Holschuld, wenn ein bestimmter Tag nicht festgesetzt ist, daher die Regel „dies interpellat“ nicht Platz greift.

<sup>6)</sup> Ganz gut in diesem Punkte Wolff S. 413 ff.

<sup>7)</sup> So auch noch Mommsen S. 141 ff.; Unger S. 133 Nte. 12.

comparationis ist dabei nicht glücklich erdacht. Liegt doch nach allem vorher ausgeführten der Berührungspunkt zwischen dieser sog. Verbaloblation und der sog. Realoblation nicht in dem Momente der Erfüllungsbereitschaft, sondern in dem der Aufforderung des Gläubigers zur Empfangnahme der Leistung, also gerade in demjenigen Elemente der sog. Realoblation, an welches man bei letzterer erst in zweiter Linie zu denken pflegt.<sup>1)</sup> Geradezu verwirrend aber ist die Auffassung, zu welcher diese Nomenclatur geführt hat, als handelte es sich dabei um Regel und Ausnahme und nicht vielmehr um die Subsumtion verschiedener Fälle unter eine und dieselbe Rechtsregel.

4. Endlich in Bezug auf die Voraussetzungen der mora creditoris im allgemeinen noch Eines.

Die mora creditoris ist, wie sich zeigte, nicht als Verletzung einer Annahmepflicht des Gläubigers zu charakterisiren. Sie ist zu erklären aus dem einfachen Gesichtspunkte, dass der Gläubiger für die culpa haftet, durch welche er das Interesse des Schuldners an der rechtzeitigen Lösung der Obligation verletzt. Alles liegt somit daran, ob die Verzögerung der Erfüllung thatsächlich<sup>2)</sup> durch den Gläubiger verursacht ist oder nicht. Die Zurückweisung einer ihm offerirten Leistung ist nur eine Art dieser Verzögerung; es giebt deren noch manche andere. Ist hier nun auch nicht der Ort, alle möglichen Fälle der mora des Gläubigers daraufhin zu untersuchen, so kann doch so viel schon auf Grund unserer begrifflichen Erörterungen behauptet werden:

Wer das Wesen der mora creditoris in der Verletzung der

---

<sup>1)</sup> Man vgl. z. B. Madai S. 230 f.; Glück IV, S. 408 f.

<sup>2)</sup> Dass die Obligationserfüllung als solche nicht ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, dass daher die Mitwirkung des Gläubigers nicht ein juristisches Erfordernis des Solutionsactes als solchen ist, sondern — auch wo sie in dem Abschlusse eines Traditions- oder sonstigen Vertrages besteht — nur ein thatsächliches Requisite der Erfüllung, wie es denn auch in manchen Fällen einer Mitwirkung des Gläubigers zur Erfüllung der Obligation gar nicht bedarf, ist schon von Vielen bemerkt. S. nur Ihering, Jhrb. II, S. 137; Mommsen S. 137; Kohler S. 361 ff.; Bekker, Jhrb. d. gem. R. V. S. 377; andererseits Gruchot l. c. S. 12; Henrici, Jhrb. f. d. Dgm. XIV, S. 430 f.

dem Gläubiger obliegenden Annahmepflicht sieht, der kann naturgemäss als Normalfall der mora nur den erkennen, dass der Gläubiger sich weigert, eine ihm angebotene Leistung zu acceptiren, und er kann und muss sich sodann erst die Frage aufwerfen, ob von einem „Annahmeverzug“ überhaupt gesprochen werden könne, bevor alles so weit ist, dass zur Erfüllung der Obligation nur mehr die Annahme der Leistung fehlt. Er muss zweifeln, ob mora vorliegen könne, wenn das Offeriren der Leistung unmöglich ist, oder, wenn die Mitwirkung des Gläubigers schon bei den nothwendigen Vorbereitungen ausbleibt; höchstens kann er dafür halten, dass diese Fälle gleich zu beurtheilen seien,<sup>1)</sup> wie die Fälle wahrer mora. Daher der Streit namentlich über drei Fälle: wenn wegen Abwesenheit des Gläubigers nicht „offerirt“ werden kann — wenn der Betrag der Schuld erst durch eine vom Gläubiger zu liefernde Rechnung liquid gestellt werden müsste<sup>2)</sup> — oder, mit letzterem nahe verwandt, wenn über den Gegenstand der Leistung vorerst eine ohne den Gläubiger unmögliche Messung, oder Probe, oder Wahl zu entscheiden hätte.<sup>3)</sup>

Von dem Augenblick an, da man sich einfach auf das Princip des Verschuldens zurückzieht, kann daran kein Zweifel sein, dass sich die directe und die indirecte Verzögerung der Erfüllung durch den Gläubiger gleich stehen. Für die Frage der Zurechnung — und eine solche ist hier im Spiele — kommt auf die Anzahl der Mittelglieder zwischen der culposen Handlung und dem schädlichen Erfolge nichts an, wenn nur der Causalzusammenhang überhaupt feststeht.<sup>4)</sup> Mag also der Gläubiger die Liberirung

---

<sup>1)</sup> Vgl., um von den Aelteren abzusehen, noch Mommsen S. 153; Ulrich l. c. S. 9, Nte. 3: „Es ist hier zu unterscheiden zwischen der mora des Gläubigers in Betreff seiner Mitwirkungspflicht und in Betreff der Annahme der Leistung“. S. dagegen schon Glück IV, S. 402.

<sup>2)</sup> Windscheid II, S. 312, Nte. 5 a; Sintenis II, S. 222.

<sup>3)</sup> Römer, Abhandl. I, S. 139 ff.; Bernstein, Altern. Willen S. 20 f.: „So lange der Gläubiger nicht wählt, kann . . . von einer mora creditoris nicht die Rede sein.“ (?) Ebenso aber Goldschmidt Ztschr. f. H. R. I. S. 129.

<sup>4)</sup> Vgl. oben S. 59 ff.; wo ausgeführt ist, dass vor allem dazwischen tretendes eigenes Verschulden des Betroffenen jede Zurechnung ausschliesst. Darin liegt die Bedeutung der fortdauernden Erfüllungsbereitschaft des Schuldners vgl. oben S. 109 f.



des Schuldners, durch Verweigerung der Zahlungsannahme, gleichsam im letzten Gliede ihrer Entwicklung abschneiden, oder mag er mittelbar die Erfüllung verhindern dadurch, dass er sich dem Anbote entzieht, oder dadurch, dass er schon die Vorbereitung der Leistung auf welche Art immer hintanhält — in all' diesen Fällen treten nicht etwa bloß ähnliche Folgen ein, wie bei *mora accipiendi*, sondern sie alle sind bloß verschiedene Arten der einen *mora creditoris*.<sup>1)</sup> Sofern daher nicht für einzelne der hierher gehörigen Fälle besondere Rechtsnormen Abweichendes bestimmen,<sup>2)</sup> reihen sie sich, was ihre Voraussetzungen und Wirkungen anbelangt, unter den Titel der *mora creditoris*<sup>3)</sup> ein;

---

<sup>1)</sup> So auch Madai S. 266; Kohler S. 374 f. (vgl. aber S. 403); Unger S. 127; Swoboda l. c.; Keller § 253; s. auch Arndts § 251, Nr. 2; Wächter, Pand. II, S. 400. Cf. Demolombe l. c. No. 76. Auch das Schweiz. Obl. R. Art. 106, ebenso der Bayr. Entw. II, Art. 128 stellen diese Fälle ganz correct als gleichwerthig nebeneinander, während im Sächs. b. G. B. §§ 746, 749, ebenso wie im Dresd. Entw. Artt. 309, 311 und im Hess. Entw. IV, Artt. 246, 247 die Sonderung der im Text zuletzt erwähnten Fälle von dem als Normalfall erscheinenden der Nichtannahme der angebotenen Leistung nachklingt, das Zürch. G. B. § 960 aber überhaupt nur die letztere erwähnt.

<sup>2)</sup> So L. 4 C. de us. pupill. 5, 56 und L. 5 C. de distr. pign. 8, 28 (cf. L. 6 C. h. t. 4, 32). Zu einer analogen Anwendung dieser Gesetze auf andere Fälle ist demnach kein Anlass. Sie erscheint insbesondere nicht zulässig — wie Mommsen S. 153 meint — bei Säumnis des Gläubigers mit der ihm zustehenden Wahl; s. dagegen auch Bernstein l. c. S. 75 f. — Eine besondere Rechtsfolge der angedeuteten Art enthält auch § 217 des Pat. v. 9. Aug. 1854 R. G. B. Nr. 208 für den Fall des Verzuges des volljährig gewordenen Pupillen in Bezug auf die Empfangnahme seines Vermögens. Dagegen vermag ich nicht mit Unger S. 133, Nte. 12 eine specielle Norm dieser Art im § 276 a. b. G. B. zu erkennen, woraus folgen würde, dass der Schuldner für den abwesenden Gläubiger einen Curator zum Zwecke der Oblation aufstellen lassen müsse. Nur zum Behufe der Bekanntgabe der gerichtlichen Hinterlegung, wie sie im § 1425 a. b. G. B. vorgeschrieben ist, würde die Erwirkung einer *cura absentis* erforderlich sein, nicht aber, so weit bloß die *mora creditoris* in Frage kommt. Diesbezüglich sind nur zwei Fälle möglich: Entweder ist die Abwesenheit des Gläubigers entschuldbar, und dann kann von *mora* überhaupt nicht die Rede sein — oder sie ist eine *culpose*, dann ist die „Oblation“ zur Begründung der *mora* nicht erforderlich.

<sup>3)</sup> Ich ziehe daher auch die Bezeichnung „*mora creditoris*“, statt „*mora accipiendi*“, vor, weil letzterer Name strenge genommen nur auf den einen speciellen Fall des Verzuges passt.

und die Rechtssätze über letztere werden stets zu ihrer Beurtheilung ausreichen.

## § 19.

### II. Wirkungen der mora creditoris.

Sie lassen sich, wie schon früher anzudeuten Gelegenheit war, in zwei Gruppen<sup>1)</sup> scheiden. Ohne dieselben irgend erschöpfend beschreiben zu wollen, sei im Folgenden nur noch besonders hervorgehoben, wie beide aus dem einheitlichen Grundgedanken<sup>2)</sup> der Subsumirung der mora creditoris unter den Begriff des Verschuldens entspringen.

Was die 1. Gruppe anbelangt, so ist der Nachweis dieses Zusammenhanges im allgemeinen schon durch die Ausführungen geliefert,<sup>3)</sup> welche die Anwendbarkeit der für jede „Exculpierung“ geltenden Grundsätze auf die mora creditoris gezeigt haben. Ich fasse daher in dieser Gruppe jene Wirkungen<sup>4)</sup> des Verzugs zusammen, welche auf der „Exculpierung“ des Schuldners durch das Verhalten des Gläubigers beruhen. Nur die wichtigsten der Punkte, in welchen sich diese Bedeutung der mora creditoris äussert, seien hier angemerkt.

In erster Reihe steht hier die Wirkung, welche im eigent-

---

<sup>1)</sup> S. oben S. 51 ff.

<sup>2)</sup> Dass der Satz der L. 39 D. de R. J. nicht, wie man wohl schon gemeint hat, ein solches Princip für den Annahmeverzug aufstellt, braucht kaum mehr betont zu werden: „Pro facto accipitur id, in quo per alium morasit, quo minus fiat“ gilt allenfalls für Bedingungen (cf. L. 30 pr. D. de usu et usufr. 33, 2) oder in Fällen, wo die Nichtannahme als Schuldverlass ausgelegt werden muss (s. L. 72 § 3 D. de sol. 46, 3), kann aber nicht generalisirt werden (L. 39 de R. J. stand, nach der Inscription Pomponius lib. XXXII ad Sabin., vielleicht in Zusammenhang mit dem besonderen Falle der L. 4 pr. D. pro suo 41, 10). — Eher könnte man als „oberstes Princip“ den Satz der L. 173 § 2 D. de R. J. hinstellen: „unicuique sua mora nocet“ (s. Wolff S. 481 ff.), obgleich damit allerdings nicht viel mehr gesagt ist als mit der vagen Bestimmung des § 1419 a. b. G. B.

<sup>3)</sup> S. oben S. 67 ff.

<sup>4)</sup> Es sind grösstentheils, aber doch nicht durchgehends, die Wirkungen der mora, welche Kohler S. 379 ff. als „anticipirte Folgen der Erfüllung“ zusammenfasst; vgl. dazu oben S. 52.

lichsten Sinne des Wortes eine Exculpation des Schuldners genannt werden darf.<sup>1)</sup> Wenn und weil die mora des Gläubigers eine culpa gegen den Schuldner involvirt, ist der Letztere entschuldigt, falls er in der Sorge für die Möglichkeit der Erfüllung künftig nachlässt, er braucht auf das Erfüllungsobject nicht mehr die äusserste Diligenz zu verwenden, für welche er auf Grund seiner Obligation haften würde, kurz, er ist nur mehr für dolus und culpa lata verantwortlich. Dieser Satz erfreut sich im römischen Rechte allgemeiner Anerkennung<sup>2)</sup>, und er ist auch für das österreichische Recht schon aufgestellt worden.<sup>3)</sup> Gerade hier dürfte er aber noch einer etwas eingehenderen Begründung bedürfen, als sie ihm bisher zu Theil geworden ist.

Unger lehrt die Reduction der Haftung des Schuldners auf dolus und culpa lata auch für das österreichische Recht unter Berufung auf die betreffenden Pandectenstellen. Nun pflegt sich die gemeinrechtliche Doctrin diese Wirkung des Annahmeverzuges daraus zu erklären,<sup>4)</sup> dass die mora creditoris den Schuldner von der speciell im Obligationsverhältnisse begründeten Pflicht zu diligentia oder custodia befreie, und nur die Haftung für dasjenige Mass von Aufmerksamkeit übrig lasse, welches auch ausserhalb bestehender Obligationsverhältnisse von Jedermann gefordert

<sup>1)</sup> Vgl. oben S. 67.

<sup>2)</sup> Auf Grund von L. 5 D. de pericul. 18, 6; L. 51 § 1 D. de A. E. V. 19, 1 und L. 9 D. sol. matr. 24, 3. Windscheid II, S. 315, Nte. 2 motivirt dies so: „Hätte der Gläubiger angenommen, so hätte der Schuldner keine Sorgfalt mehr aufzuwenden gebraucht. Wegen Arglist aber und grober Nachlässigkeit wird nie nicht gehaftet.“

<sup>3)</sup> Von Unger S. 127 und Swoboda l. c. Unsere Commentare zu § 1419 a. b. G. B. schweigen von dieser Frage; mit Ausnahme von Kirchstetter bei §. 1334. Auf einem geradewegs entgegengesetzten Gedanken aber beruht die — auch sonst unhaltbare — Behauptung (s. Unger S. 131, Nte. 8), dass die mora creditoris nicht einmal die Kraft habe, die mora debitoris zu purgiren, bei Scheidlein l. c. S. 199 f.; Nippel VIII; 1, S. 217 und Zugschwerdt l. c. S. 90 f. — Preuss. L. R. I; 11 § 98 anerkennt diese exculpierende Wirkung der mora (vgl. Dernburg II, S. 172), ebenso Sächs. b. G. B. § 750; Dresd. Entw. Art. 313; Hess. Entw. IV, Art. 251; Bayr. Entw. II, Art. 134.

<sup>4)</sup> Statt Aller vgl. Mommsen S. 286 f. und Windscheid an der oben Nte. 2 citirten Stelle. — Eine andere Idee s. bei Madai S. 459: Der Schuldner „werde gleichsam zum Depositar“.

wird, d. i. die Haftung für dolus und culpa lata.<sup>1)</sup> Geht man aber von diesem Gedanken aus, so stellt sich der Uebertragung unseres Satzes auf das österreichische Recht sofort ein grosses Bedenken entgegen, in Gestalt der Grundregel des § 1295 a. b. G. B., dass Jedermann mit „oder ohne Beziehung auf einen Vertrag“ für omnis culpa einzustehen hat. Um mit Windscheid zu sprechen, nach österreichischem Rechte wird auch für culpa levis „nie nicht gehaftet“. Auf diesem Wege lässt sich also hier jene Regel nicht rechtfertigen.

Ganz anders, wenn man sich, wie das in diesen Blättern geschehen ist, lediglich auf den Standpunkt der Culpacompen- sation stellt.<sup>2)</sup> Aus diesem Gedanken folgt von selbst, dass die Wirkung der Nachlässigkeit des Gläubigers nie so weit gehen könne, den Verpflichteten auch von der Haftung für dolus<sup>3)</sup> oder culpa lata zu entbinden. Und dieses Princip hat sich uns auch im öster- reichischen Rechte bewährt. Die Beweise dafür brauchen hier nicht wiederholt zu werden. Wohl aber muss ich auf einen Punkt in aller Kürze zurückkommen.

Die gesetzliche Basis der „Exculpation“ bildet hier § 1304 a. b. G. B.: „Wenn bei einer Beschädigung zugleich ein Ver- schulden von Seite des Beschädigten eintritt; so trägt er mit dem Beschädiger den Schaden verhältnismässig.“<sup>4)</sup> Hätten wir nun lediglich diese eine Gesetzesstelle als Canon für die Be- urtheilung der Wirkungen der mora creditoris, so müssten wir daraus folgern, es sei in jedem einzelnen Falle abzuwägen, ob das Verschulden des säumigen Gläubigers grösser ist, oder die Negligenz, welche sich in Folge dieser Zögerung der Schuldner

---

<sup>1)</sup> In Bezug auf die Gleichstellung von dolus und culpa lata ausserhalb contractlicher Verpflichtung bestehen allerdings Zweifel. Vgl. nur Pernice, Labeo II, S. 427 f.

<sup>2)</sup> Vgl. oben S. 68 ff.

<sup>3)</sup> Ich setze hier allerdings den gewöhnlichen Fall voraus, dass der Gläubiger nicht in dolo ist, in welchem Falle allerdings eine Compensation auch des beiderseitigen dolus eintreten müsste. Vgl. die oben S. 65, Nte. 1 citirten Quellenstellen.

<sup>4)</sup> D. h., wie oben S. 69 gezeigt ist, nach Verhältnis der Grösse des beiderseitigen Verschuldens.

erlaubt hat.<sup>1)</sup> Bei ganz verschwindender Grösse der letzteren gegenüber dem ersteren könnte uns allerdings der Schuldner als gänzlich exculpirt erscheinen,<sup>2)</sup> der Regel nach aber müsste eine „verhältnismässige“ Theilung des Schadens eintreten. Allein es wurde schon an einer anderen Stelle<sup>3)</sup> hervorgehoben, dass das Gesetz in gewissen Fällen dem Richter jene schwierige Abwägung erspart, indem es ihm geradezu vorschreibt, das Verschulden des einen Theiles als das weit überwiegende, und deshalb den anderen Theil als exculpirt zu betrachten. Eine solche Norm giebt nun speciell für die mora creditoris § 1419 a. b. G. B., indem er anordnet, dass „die widrigen Folgen“ seiner Zögerung „auf den Gläubiger fallen“. Dem Richter ist damit sein Weg fest vorgezeichnet. Er hat keine Proportion zwischen der mora des Gläubigers und der auf dieselbe folgenden Nachlässigkeit des Schuldners aufzusuchen, sondern den Letzteren durch den Verzug des Ersteren für exculpirt zu halten.<sup>4)</sup>

Damit sind aber auch die Grenzen dieser Wirkung des Annahmeverzuges gegeben. Lässt sich der Verpflichtete einen dolus zu schulden kommen, so haftet er nach wie vor; denn auf solche Fälle ist die Regel des § 1304 a. b. G. B. nicht anwendbar<sup>5)</sup> und so auch nicht die Modification derselben, welche § 1419 a. b. G. B. begründet. Gewiss aber geht es ebensowenig an, die Vorschrift des § 1419 cit. so roh aufzufassen, dass dem Schuldner bei Zögerung des Gläubigers auch grobe Fahrlässigkeit entschuldigt würde. Dass der Gesetzgeber auch *lata culpa* des Verpflichteten als verschwindend klein gegenüber dem Ver-

---

<sup>1)</sup> Ueber die diversen Unterscheidungen, welche in diesem Sinne Preuss. L. R. I; 11, §§ 98 ff. macht, s. Koch l. c. I, S. 364 ff.

<sup>2)</sup> Dass die Anwendung des § 1304 a. b. G. B. auch zu diesem Resultate führen könne, s. oben S. 69 f.

<sup>3)</sup> Oben S. 70, Nte. 1.

<sup>4)</sup> Auch das Schweiz. Obl. R. enthält keine directe Bestimmung über die exculpierende Wirkung der mora creditoris. Allein auch hier wird eine Reduction der Haftung des Schuldners schon auf Grund des allgemeinen Grundsatzes des Art. 51 geboten erscheinen, welcher besagt: „Ist auch dem Beschädigten ein Verschulden beizumessen, so kann der Richter die Ersatzpflicht nach Verhältnis ermässigen oder gänzlich von derselben entbinden.“

<sup>5)</sup> S. oben S. 70.

schulden eines saumseligen Gläubigers betrachtet habe, kann doch wohl nicht angenommen werden. Vielmehr kann der Sinn der Regel, die er in § 1419 cit. aufgestellt hat, nur der sein, dass die Abschätzung der beiderseitigen culpa nach allen kleinen und kleinsten Nüancirungen<sup>1)</sup> dort ausgeschlossen bleiben solle, wo das Ueberwiegen der Schuld des Gläubigers offenbar ist. Daher erscheint der Schuldner durch mora des Gläubigers exculpirt bezüglich culpa levis; allein er haftet wie früher für dolus und culpa lata nach den allgemeinen Grundsätzen.<sup>2)</sup>

Historisch und dogmatisch in unmittelbarem Zusammenhange mit der „exculpirenden“ Wirkung des Annahmeverzuges, zählt hieher auch die Befugnis des Schuldners, bei mora creditoris das Erfüllungsobject auf Rechnung des Gläubigers zu verkaufen oder äussersten Falles sich desselben durch Preisgebung zu entledigen. Die Institute der „Verkaufsselbsthilfe“ und der „Preisgebung“ haben, wie früher ausführlich gezeigt worden ist,<sup>3)</sup> unter den Wirkungen der mora creditoris, und nur hier, ihren legitimen Platz<sup>4)</sup> — welcher Platz ihnen auch im österreichischen Rechte<sup>5)</sup>

---

<sup>1)</sup> Vgl. oben S. 70 Nte. 2.

<sup>2)</sup> Zu diesen gehört selbstverständlich auch § 1304 a. b. G. B. Im Falle der culpa lata des Schuldners (nicht des dolus, s. oben S. 70, Nte. 3) wird also der Richter möglicher Weise auf die mora des Gläubigers billige Rücksicht nehmen, wenn er auch nie so weit gehen kann, den Schuldner von jeder Haftung frei zu sprechen.

<sup>3)</sup> S. oben § 9, wo insbesondere darauf hingewiesen ist, dass der Schuldner bezüglich dieser Mittel eben nur im Nothfalle exculpirt ist, und gleichsam in einer bestimmten Aufeinanderfolge.

<sup>4)</sup> S. oben S. 42 Note 4. Dagegen gehört nicht hieher die gerichtliche Hinterlegung (vgl. oben S. 54), obgleich sie dem Schuldner unter anderem auch bei mora creditoris zu Gebote steht, und insbesondere insoferne von Bedeutung ist, als der Schuldner zu dem Mittel der Verkaufsselbsthilfe oder Preisgebung trotz mora des Gläubigers nicht greifen darf, so lange die Deposition ohne Schaden für ihn möglich ist.

<sup>5)</sup> Soweit ich sehe, hat dies nur Dworzak l. c. S. 202 anerkannt. Unger und die Commentatoren des a. b. G. B., ebenso Swoboda l. c. schweigen über diesen Punkt. Scheidlein, Kaufvertr. II, S. 8 f. (vgl. S. 150 ff.) scheint die Geltung der Preisgebung und des Selbstverkaufes im österreichischen Rechte leugnen zu wollen; so ausdrücklich auch Kirchstetter bei § 1334. Interessant ist andererseits die Entscheidung bei Glaser-Unger-

gebührt, weil die Principien, auf welchen sie beruhen, auch hier gelten.<sup>1)</sup>

## § 20.

Unter den Wirkungen der *mora creditoris* stehen in einer 2. Gruppe diejenigen, deren gemeinsamen Gedanken die Haftung des säumigen Gläubigers für den Nachtheil, welchen er durch seine *mora* dem Schuldner verursacht, bildet.

Unter diesen Gesichtspunkt fällt der durch den Annahmeverzug bewirkte „Uebergang der Gefahr“ auf den Gläubiger, mag derselbe auch vielleicht auf den ersten Blick den Wirkungen der 1. Gruppe anzugehören scheinen. Darüber, dass das *periculum rei debita*e im Augenblicke der beginnenden *mora* des Gläubigers auf letzteren überspringe, ist man einig im Gebiete des römischen<sup>2)</sup> wie des österreichischen<sup>3)</sup> Rechts. Für ersteres bezeugen die Geltung dieses Rechtssatzes L. 26 D. sol. matr. 24, 3; L. 56 pr. D. de J. D. 23, 3; L. 13—L. 15 D. de peric. 18, 6; L. 2 C. eod. 4, 48 — für letzteres § 1419 und § 1051 a. b. G. B.; ja, es scheint, dass § 1419 cit. unter den „widrigen Folgen“, welche bei *mora* des Gläubigers auf denselben fallen sollen, zuerst gerade an den Uebergang der Gefahr denkt.<sup>4)</sup> Man pflegt sich die Be-

Walther Nr. 4142, wo der Weiterverkauf der Waare wegen *mora accipiendi* des Käufers als entschuldigt erklärt wird.

<sup>1)</sup> Nicht unter die Wirkungen der *mora creditoris* gehört die Hemmung des Zinsenlaufes (s. auch Unger S. 134, Nte. 14; L. 7 D. h. t. 22, 1); über den Einfluss der *mora creditoris* auf den Verfall der Conventionalstrafe s. oben S. 74 f. (dazu Madai S. 472). Vgl. überhaupt Mommsen S. 288 ff. — Sonderbar ist es, wie unsere Commentatoren die von Zeiller, zwar bei § 1419, aber offenbar mit Bezug auf die *mora solvendi*, gemachte Bemerkung, dass die „Zögerung des einen Theiles den anderen berechtigte, mit der Leistung ebenfalls zurückzuhalten“ (§§ 1052 und 1062 a. b. G. B.), in Anwendung auf die „Zögerung“ des Gläubigers mit der Annahme abschreiben; so Nippel, Winiwarter, Ellinger und Stubenrauch zu § 1419!

<sup>2)</sup> „Eine Hauptwirkung“ der *mora accipiendi* nennt dies schon Glück IV, S. 423. Nicht ganz verständlich ist mir Mommsen's Bemerkung (S. 298): „Dies ist nicht, wie gewöhnlich angenommen wird, eine besondere Folge der *mora* des Gläubigers, sondern lediglich . . . des Grundsatzes, dass die *mora* des Gläubigers dem Schuldner nicht zum Nachtheile gereichen soll.“

<sup>3)</sup> Winiwarter V, S. 84; Unger S. 127; Swoboda l. c.

<sup>4)</sup> Darauf führt namentlich der Anklang an die Worte des § 1107

deutung dieser Norm so zurecht zu legen, dass man sagt: Der Schuldner, welcher bis dahin für Untergang oder Verderb des Erfüllungsobjectes zu haften hatte, wird in Folge der mora des Gläubigers von dieser Haftung frei. Damit erscheint dieser Vorgang in der That nur als eine besondere Richtung der „Exculpation“ des Schuldners durch mora creditoris.<sup>1)</sup> Im weiteren Sinne mag man das wohl auch so nennen. Genau besehen trifft diese Auffassung nicht zu.<sup>2)</sup> Auch ohne des Näheren in die Lehre vom periculum einzugehen, kann dies angedeutet werden.

Die Frage: „wer trägt die Gefahr?“, in ihrem prägnanten Sinne gestellt,<sup>3)</sup> bezieht sich immer nur auf casuellen Untergang oder casuelle Verschlechterung des Gegenstandes einer Obligation. Sprechen wir also von einem „Uebergang der Gefahr vom Schuldner auf den Gläubiger,“ so bezieht sich auch dies nur auf die Gefahr eines casus, und jene Frage will sagen: Von Anbeginn haftete<sup>4)</sup> der Schuldner in der Art, dass auch ein casus, welcher die Naturalerfüllung unmöglich machte, nur ihm zum Schaden

---

a. b. G. B.: „fällt die widrige Ereignung dem Bestandnehmer allein zur Last“; vgl. Swoboda l. c.

<sup>1)</sup> Daher die Meisten den Uebergang der Gefahr in unmittelbarem Zusammenhang stellen mit der Restriction der Haftung des Schuldners auf dolus und culpa. Vgl. z. B. Sintenis l. c. II, S. 214 f.; Brinz II, S. 309: die mora creditoris trägt dem Schuldner ein — „Befreiung, indem sie dessen etwaige Haftung für omnis culpa auf Prästation von dolus und lata culpa reduciert, ihn umso mehr der casuellen Gefahr des offerirten Gegenstandes ... enthebt.“

<sup>2)</sup> Was nicht unwichtig ist, wegen eines unten noch zu berührenden Punktes.

<sup>3)</sup> Ueber die verschiedenen Bedeutungen von „periculum“, siehe nur Fr. Hofmann, Per. b. Kauf. S. 4 f. und Mommsen, Beitr. I, S. 237 ff.

<sup>4)</sup> Bei einseitigen Obligationen (vgl. z. B. L. 92 pr. L. 102 pr. D. de sol. 46, 3; L. 22 § 2 D. de leg. III.) trägt der Regel nach der Gläubiger die Gefahr des Zufalls (auch nach österreichischem Rechte: §§ 1447, 880 a. b. G. B.); daher hat der „Uebergang“ der Gefahr für diese Fälle kein Interesse — vgl. Mommsen S. 299. Diese Wirkung der mora creditoris kann sich also nur zeigen bei einseitiger Verpflichtung zur Leistung eines Genus (s. unten S. 128), oder, wenn kraft besonderer Abmachung der Schuldner die Gefahr auf sich genommen hatte. Wenn der Schuldner vorher in mora solvendi gerathen war und deshalb für casus haftete, so geht allerdings bei nachheriger mora creditoris die Gefahr des Zufalls wieder auf letzteren über, aber wegen der purgatio morae debitoris, welche nur wieder den normalen Zustand herstellt. Hievon handeln L. 72 § 1 § 2 D. de solut. 46, 3.



gereichen sollte; tritt aber dieser casus nach dem Beginne der mora des Gläubigers ein, so trägt nicht mehr der Schuldner den Schaden. So wenig aber es sich vor Eintritt der mora um eine Haftung für culpa handelte, so wenig kann nach demselben von einer Exculpation die Rede sein.<sup>1)</sup> Es führt aber auch ein weit einfacherer Weg zur Erklärung jenes „Gefahrüberganges.“

Der Schuldner haftet, davon ist auszugehen, für Zufall, d. h. er bleibt obligirt, wie er es von Anfang an war, auch wenn ein Zufall das Erfüllungsobject vernichtet oder beschädigt. Allein, ist ein solcher Zufall nach Beginn der mora accipiendi eingetreten, so wird unser Schuldner dem Creditor, welcher sich auf diese obligationsgemässe Haftung beruft, entgegenhalten: Allerdings habe ich auf Grund der obligatio den Zufall zu tragen, und meine obligatio besteht noch; dass sie aber immer noch besteht, das ist Deine Schuld. Hättest Du die Erfüllung nicht verzögert, so wäre ich frei und hätte keinen Zufall mehr zu fürchten gehabt. Dafür hast Du mir einzustehen. Das Interesse aber, welches Du mir demgemäss zu prästiren hast, ist genau gleich dem Interesse, welches Du an meiner Haftung für jenen casus hast. Und mit dieser Einwendung<sup>2)</sup> — wenn man will, einer exceptio doli — ist der Anspruch des Gläubigers aus dem Felde geschlagen, der Schaden auf den Gläubiger gewälzt.<sup>3)</sup> Der „Uebergang der Gefahr“ ergiebt sich also nicht aus dem Principe der Exculpation, sondern aus dem Anspruche des Schuldners auf das Interesse wegen verzögerter Liberirung.<sup>4)</sup>

<sup>1)</sup> Madai, S. 457 ff. führt die Erscheinung auf die „Entperpetuirung“ (!) der obligatio durch mora creditoris zurück, womit nicht viel erklärt ist.

<sup>2)</sup> Römisch, wenigstens gegenüber stricti juris actiones, auch formell eine exceptio doli: L. 84 § 3 D. de leg. I; L. 6 D. de exc. dol. 44, 4; L. 73 § 2 D. de V. O. 45, 1.

<sup>3)</sup> Aehnlich die Bemerkung Windscheid's II, S. 315, Nte. 2, und Mommsen, Beitr. I, S. 307, s. auch Goose l. c. S. 219 f. Vgl. aber besonders die lebendige Ausführung dieses Gedankens bei Demolombe l. c. V, Nr. 140. Eine höchst wichtige Consequenz dieser Auffassung aber scheint mir darin zu liegen, dass hienach offenbar gar nichts darauf ankommen kann, ob der betreffende casus die Sache auch bei dem Gläubiger getroffen hätte oder nicht; denn mit der Annahme der Leistung wäre der Schuldner jeder Haftung ledig gewesen, und das fernere Geschick ihres Gegenstandes hätte ihn nicht mehr bekümmert.

<sup>4)</sup> Die im Texte ausgeführte Construction gilt auch bezüglich zwei-

Die vorstehende Argumentation passt zur Genüge auch für den Fall von Genusschulden, vor allen Geldschulden. Es ist anerkannt, dass der Schuldner liberirt ist, wenn die dem säumigen Gläubiger vergeblich offerirten Geldstücke durch Zufall zu Grunde gegangen sind, obgleich sonst die Individualisirung der Leistung erst durch die wirkliche Tradition des Geldes sich vollzieht. Auch hier bedarf es nicht erst der Berufung auf eine besondere Kraft der *mora creditoris*.<sup>1)</sup> Vielmehr bleibt es, strenge genommen, trotz *mora* des Gläubigers bei dem Satze, dass „*genus perire non censetur*“, daher der Schuldner verpflichtet bleibt. Allein, wie oben, wird er der Klage des Gläubigers entgegen: Hättest Du acceptirt, so wäre ich frei, und jener Schaden hätte mich nicht getroffen. Als Ersatz für dieses mein Interesse schuldest Du mir eben die Summe, die ich auf Grund der Obligation Dir zahlen müsste, und somit sind wir quitt. Gerade für diesen Fall beruft sich auch Marcellus in L. 72 pr. D. de solut.

---

seitiger Obligationsverhältnisse, wengleich in etwas modificirter Form. In einem der wichtigsten unter diesen Verhältnissen, beim Kaufe, trägt bekanntlich nach römischem Rechte der Käufer schon der Regel nach die Gefahr der Sache, daher hier der Satz vom Uebergange des *periculum* weniger Interesse hat (doch aber bei gewissen Gestaltungen des Kaufes; s. Kohler S. 390 ff.); nach österreichischem Rechte ist die Frage gerade hier vom actualsten Interesse und deshalb auch vom Gesetze besonders erwähnt (§ 1051 a. b. G. B.; vgl. auch Preuss. L. R. I; 11 §§ 95 ff.). Hier, sowie in anderen Obligationsverhältnissen auch nach gemeinem Rechte (vgl. L. 36 D. locati 19, 2), hat das „Tragen der Gefahr“ eine andere Bedeutung als bei der einseitigen obligatio. Der Promittent wird durch Untergang der Sache von seiner Leistung befreit; es handelt sich nur um die Gegenleistung. Bleibt der Promissar zu derselben verpflichtet, so ist die Gefahr auf seiner Seite; hört auch er auf verpflichtet zu sein, so ist die Gefahr auf Seite des Promittenten (s. Hofmann l. c. S. 2 f.). Demgemäss nimmt der im Texte dargelegte juristische Vorgang folgende Gestalt an: Promittent trägt der Regel nach die Gefahr. Geht die Sache zu Grunde, so ist er von seiner Verpflichtung liberirt, allein seinem Ansprüche auf Gegenleistung stellt sich, als *peremptorische*, die *exceptio non adimpleti contractus* entgegen (§ 1052 a. b. G. B.). Ist der *casus* aber nach Beginn der *mora* des Promissars eingetreten, so wird der Promittent dieser Einrede seinerseits alles das entgegenhalten, was im Texte als Einwendung gegen die Klage aus einseitiger obligatio hingestellt ist — eine *replicatio doli*, wie dort eine *exceptio*. Vgl. auch Mommsen S. 303 f.

<sup>1)</sup> Vgl. z. B. Wolff S. 486; aber auch Kohler S. 394 ff.; Donellus . c. Z. 99 ff.; Unger, Syst. II, S. 484, Nte. 20.

46, 3 auf diesen Gedanken: „etenim non est aequum teneri pecunia amissa, quia non teneretur, si creditor accipere voluisset“. Cf. L. 105 D. de V. O. 45, 1.

Wie sich hier die Haftung des Gläubigers für die von ihm verschuldete Verzögerung der Liberirung des Schuldners auf indirectem Wege äussert, so zeigt sie sich direct wirksam in der Verpflichtung des Gläubigers, dem Schuldner den Schaden, welchen er durch die Verzögerung erlitten hat, oder den Aufwand, welchen er in Folge derselben hat machen müssen, zu ersetzen. Auch diese Folge der mora creditoris steht für römisches<sup>1)</sup>, wie österreichisches Recht<sup>2)</sup> ausser Streit. Man darf sich zur Begründung derselben geradezu auf § 1419 a. b. G. B. berufen und sie zu den für den Gläubiger eintretenden „widrigen Folgen“ zählen.<sup>3)</sup> Sie ist aber auch in specieller Anwendung anerkannt in § 1047 a. b. G. B.<sup>4)</sup> Nur eines ist dabei besonders zu betonen. Die allgemeine Norm des § 1324 a. b. G. B. muss auch hier angewendet werden. Liegt also insbesondere in der Zögerung des Gläubigers nicht eine „böse Absicht“ oder „auffallende Sorglosigkeit“, so wird derselbe lediglich das damnum emergens dem Schuldner zu ersetzen haben.<sup>5)</sup> In diesem Punkte werden bei der Eigenthümlichkeit des österreichischen Schädenrechts somit „Grade der mora“ von einiger Bedeutung sein.

Diese Ersatzpflicht des säumigen Gläubigers bedarf vom

---

<sup>1)</sup> L. 1 § 3 D. de peric. 18, 6; L. 38 § 1 D. de A. E. V. 19, 1; L. 8 D. de trit. 33, 6; dagegen Hänel, Lehr. v. Schadeners. S. 75 f.: „bei der mora accipiendi kann von einem Schadenersatze nicht leicht die Rede sein“ (?).

<sup>2)</sup> Vgl. Unger S. 127; Swoboda l. c.; Zeiller IV, S. 124; Winwarter V, S. 84; Stubenrauch zu § 1419; Kirchstetter bei § 1334. S. auch die Entscheidung bei Glaser-Unger-Walther Nr. 6887.

<sup>3)</sup> Ueberdies folgt das schon aus § 1295 a. b. G. B.

<sup>4)</sup> Vgl. auch §§ 967 und 1155 a. b. G. B.

<sup>5)</sup> Der Umfang der Haftpflicht ist hier nicht, wie für die mora debitoris durch § 1333 a. b. G. B. (vgl. Unger S. 130, Nte. 7), ein für allemal festgesetzt. — Dass speciell § 1047 cit. nicht gegen die Anwendung der allgemeinen Vorschrift des § 1324 cit. spricht, dürfte vollkommen erwiesen sein durch das, was Pfaff, Gutacht., S. 112 ff. gegen Randa, Ger. Ztg. 1870 Nr. 7 und 8 vorbringt.

v. Schey, Mora creditoris.

Standpunkte der in diesen Blättern vertretenen Theorie gar keiner besonderen theoretischen Rechtfertigung. Sie ist die natürliche Folge der im Verzuge gelegenen culpa; und damit hat sie ebendieselbe Grundlage wie die früher erwähnten Wirkungen der mora, welche als „exculpierende“ in unserer 1. Gruppe standen. Gerade darin aber, dass diese Theorie eine einheitliche Basis für alle Effecte der mora creditoris<sup>1)</sup> gewinnt, dürfte für sie selbst eine wichtige Empfehlung liegen. Vor allem sieht sie sich nicht genöthigt, für die Ersatzpflicht des Gläubigers einen selbstständigen Rechtsgrund zu suchen in einer angeblichen negotiorum gestio des Schuldners für den Gläubiger — eine Zuflucht, welche fast alle diejenigen wählen, welche es von vorneherein ablehnen, von einer culpa des säumigen Gläubigers zu sprechen.<sup>2)</sup> Allein — wenn es gestattet ist, zum Schlusse darüber noch einige Worte zu verlieren — nicht nur scheint mir diese Erklärung minder befriedigend als jene einheitliche Ableitung sämtlicher Wirkungen der mora, diese Erklärung selbst scheint mir auch an sich nicht haltbar.<sup>3)</sup>

Zunächst spricht gegen dieselbe ein schon in anderem Zusammenhange berührtes<sup>4)</sup> Bedenken. Von einer negotiorum gestio kann nur gesprochen werden, wo eine freiwillige Sorge für fremde Interessen vorliegt<sup>5)</sup> — ein Princip, das dieses ganze Institut beherrscht. Zwischen Gläubiger und Schuldner kann somit nur dann von einer negotiorum gestio die Rede sein, wenn feststeht, dass der Letztere zu der Obsorge für künftige Leistungsbereitschaft, insbesondere etwa zu der Bewachung des Erfüllungsobjectes, um welche es sich handelt, gar nicht mehr

<sup>1)</sup> Ulrich l. c. S. 9 f. leitet alle einzelnen Wirkungen der mora creditoris aus dem Principe ab, „dass der Schuldner ein Recht auf das gesammte Interesse erhält, das er an der rechtzeitigen Annahme hatte“, was nach dem im Texte Angeführten nur für einen Theil der Wirkungen der mora richtig ist.

<sup>2)</sup> S. Mommsen S. 297 f. und Erört. I, S. 111; Ulrich l. c. S. 11, Nte. 8; Kohler S. 377; aber auch Wolff S. 490, Nte. 382.

<sup>3)</sup> Dagegen auch Voigt J. N. III, S. 622 Nte. 1012, und Brinz II, S. 308, Nte. 7.

<sup>4)</sup> Oben S. 51 f.

<sup>5)</sup> Die Klage wird sogar versagt, wo die Besorgung fremder Geschäfte in Erfüllung einer blossen Gewissenspflicht geschah: L. 26 § 1 D. neg. gest. 3, 5.

verpflichtet war.<sup>1)</sup> Nun ist schon oben darauf hingewiesen, und selbst von den Gegnern der „Culpatheorie“ anerkannt<sup>2)</sup> worden, dass der Schuldner — wenigstens im entwickelten Rechtsleben — trotz *mora creditoris* sich der Sorge für den Gegenstand der Obligation nicht etwa ohne weiteres, durch Preisgebung oder Verkauf, entledigen kann, ohne sich einer Haftung auszusetzen. Mit anderen Worten: es giebt Fälle, in welchen der Schuldner nur seine obligationsgemässe Pflicht thut, wenn er trotz Zögerns des Gläubigers noch weiter eine gewisse Sorgfalt auf das Erfüllungsobject verwendet.<sup>3)</sup> Niemand wird ihm gerade in diesen Fällen den Anspruch auf Ersatz für seinen Aufwand versagen wollen; und doch kann man hier nichts von einer „freiwilligen“ Besorgung fremder Geschäfte, einer *negotiorum gestio*, sehen.<sup>4)</sup> Die Ersatzklage des Schuldners kann somit, in diesen Fällen wenigstens, keine *actio negotiorum gestorum* sein, ja nicht einmal nach Analogie<sup>5)</sup> einer solchen behandelt werden.

Dazu kommt noch ein Weiteres. Will man einmal auf dies Verhältnis zwischen Debitor und Creditor den Begriff der *negotiorum gestio* anwenden, dann muss man es mit demselben auch ernst nehmen. Obenan steht nun für die *actio negotiorum*

---

<sup>1)</sup> Es muss also vorher feststehen, dass der Schuldner durch Verzug des Gläubigers „exculpirt“ sei; dass dies auf die Frage des Verschuldens hinausführt, und deshalb die Schwierigkeit nicht umgangen ist, welcher die Theorie von der *negotiorum gestio* ausweichen wollte, ist oben S. 51 f. gezeigt.

<sup>2)</sup> S. Kohler S. 376, 399.

<sup>3)</sup> Man bedenke nur, dass er für *dolus* und *culpa lata* immer noch einzustehen hat.

<sup>4)</sup> Anders stand die Sache in dem Falle, welcher der Entscheidung bei Glaser-Unger-Walther Nr. 5941 zu Grunde lag. Hier hatte der Schuldner seine Leistung schon gemacht; die Tradition zu der er verpflichtet war, war vollzogen, daher die ganze obligatio aufgehoben. Wenn hier der gewesene Schuldner die ihm zurückgeschickte Sache wieder in Verwahrung nahm, so war das reine *negotiorum gestio*, somit § 1042 a. b. G. B. anwendbar.

<sup>5)</sup> Eher liesse sich die Analogie der „*actiones contrariae*“ heranziehen — was Mommsen Beitr. II, S. 36 f. und Kohler S. 377 f. andeuten —, doch dürfte dabei für die Gegner der Culpatheorie nicht viel gewonnen sein. Vgl. dazu Pernice Labeo II, S. 315 ff.

gestorum contraria das Princip des negotium utiliter gestum.<sup>1)</sup> Wie nun, wenn der Gläubiger dem Ersatzansprüche des Schuldners entgegenhält, er habe weitere Sorgfalt des Schuldners in Betreff der zu liefernden Sachen sich gar nicht verlangt<sup>2)</sup>, er habe vielleicht sogar sich geäußert, dass er, ohne doch auf sein Recht zu verzichten<sup>3)</sup>, keinen grossen Werth mehr auf die Leistung lege? Wird man dann etwa dem Schuldner den Ersatz wegen seiner Impensen versagen wollen?<sup>4)</sup> Damit würde man ihm eine arge Zwangslage schaffen. Er dürfte das Object der obligatio nicht preisgeben, weil er doch noch immer verpflichtet bleibt, allein er müsste fürchten, dass die Aufbewahrung auf seine Kosten gehe!

Aus allen diesen Gründen scheint mir die Qualification der Ersatzansprüche des Schuldners gegen den säumigen Gläubiger als Ansprüche aus einer negotiorum gestio unzulässig — ein Grund mehr, zurückzukehren zu der culpa als einfacher Grundlage dieser, wie aller anderen, Wirkungen der mora creditoris, welche wohl auch von den Gegnern nie verlassen worden wäre, hätten sie nicht geglaubt, dass schon der Gedanke eines culposen Annahmeverzuges einen Verstoss gegen die Logik des Rechts bedeute.

---

<sup>1)</sup> Vgl. statt aller Sturm neg. ut. gest., S. 13 ff., S. 26 ff. S. auch §§ 1036, 1038 a. b. G. B.; dazu Ogonowski, Gesch. ohne Auftr., S. 69 ff.

<sup>2)</sup> Cf. L. 9 § 1 D. neg. gest. 3, 5: „Quid enim si eam insulam fulsit, quam dominus . . . sibi necessariam non putavit?“

<sup>3)</sup> Darüber, dass er nicht etwa nur die Alternative hat, entweder die Leistung zu acceptiren, oder auf sein Recht zu verzichten s. oben S. 93 f.

<sup>4)</sup> Heimbach im R. L. XII, S. 1015 zieht wirklich diese Consequenz. S. aber auch Sintenis II, S. 216, Nte. 103, und Brinz II, S. 308 f., welcher dem Schuldner jedes Klagerecht abspricht und ihm nur exceptio doli gewährt.

